Zur prozessualen Behandlung des fortgesetzten Verbrechens

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin

von

KYRILL MAXIMILIAN STOLL
Gerichtsreferendar in Berlin

Tag der mündlichen Prüfung: 15. II. 1939
Tag der Promotion: 26. VII. 1939

Hamburg 1939

J 18

Dekan: Professor Dr. W e i g m a n n

1. Berichterstatter: Professor Dr. K o h l r a u s c h
2. Berichterstatter: Professor Dr. G r a f v o n G l e i s p a c h

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Druck: A. Preilipper, Hamburg 11, Admiralitätstraße 16. Fernruf: 36 50 89.

MEINEN ELTERN!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548011_0016

INHALTSVERZEICHNIS.

I. Einleitung 1

II. Die materiellrechtliche Behandlung des fortgesetzten Verbrechens 3
1. Vorfragen zur Wesensbestimmung des fortgesetzten Verbrechens 3
2. Geschichtlicher Überblick über die Entwicklung des fortgesetzten Verbrechens bis zum 19. Jahrhundert 5
3. Die Ansichten des 19. Jahrhunderts über das fortgesetzte Verbrechen bis zum Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuchs von 1871 10
a) Das Schrifttum 10
b) Die Gesetzgebung und Rechtsprechung 13
4. Die Fortentwicklung des fortgesetzten Verbrechens in Lehre und Rechtsprechung bis zur Nationalsozialistischen Revolution 14
5. Das fortgesetzte Verbrechen im Rahmen der nationalsozialistischen Strafrechtserneuerung 17
6. Die Stellungnahme der Arbeit zum fortgesetzten Verbrechen . 21

III. Die prozessuale Behandlung des fortgesetzten Verbrechens . . . 24
1. Die Zuständigkeit der Gerichte 24
a) Die örtliche Zuständigkeit; insbesondere für im Ausland begangene Teilakte 24
b) Die sachliche Zuständigkeit 29
c) Die Rechtshängigkeit (als Zuständigkeitsfrage) 30
2. Die Einleitung des Verfahrens 31
a) Die öffentliche Klage 31
b) Der Strafantrag 32
3. Das Verfahren 35
a) Grundsätzliches über Begriff und Abgrenzung des Urteilsgegenstandes; Bedeutung von Anklage und Eröffnungsbeschluß 35
b) Die Bildung des Urteilsgegenstandes beim fortgesetzten Verbrechen 37
c) Die Anwendung des § 154 StPO. auf das fortgesetzte Verbrechen 41
d) Die Bedeutung der Verjährung für die Gestaltung des Urteilsgegenstandes beim fortgesetzten Verbrechen 43
e) Amnestie und fortgesetztes Verbrechen 46
f) Die Bedeutung der Rechtsmittel für den Umfang des Prozeßgegenstandes. (Berufung, Revision) 48
g) Die Auswirkung einer Gesetzesänderung auf die Gestaltung des Prozeßgegenstandes beim fortgesetzten Verbrechen. Anhang 53

4. Das Urteil 57
5. Ne bis in idem und fortgesetztes Verbrechen 60
a) Die Bedeutung des Grundsatzes 60
b) Der Grund für die Anerkennung des Grundsatzes 61
c) Die Bestimmung der Identität 63
d) Der Umfang der Rechtskraft 65
e) Die Wirkung des Satzes ne bis in idem bei einer Verurteilung wegen eines fortgesetzten Verbrechens 67
f) Der Grundsatz ne bis in idem bei Verurteilung wegen eines oder mehrerer real konkurrierender Delikte 74
g) Verbrauch der Strafklage bei einem vom fortgesetzten Verbrechen freisprechenden Urteil 77
6. Fortgesetztes Verbrechen und Sicherungsverwahrung 81
7. Die Idealkonkurrenz beim fortgesetzten Verbrechen als prozessuales Problem 84

IV. Die prozessuale Behandlung des fortgesetzten Verbrechens in dem kommenden deutschen Strafverfahren. Bericht der amtlichen Strafprozeßkommission. Herausgegeben von Gürtner, Berlin 1938 87

VERZEICHNIS DER BENUTZTEN SCHRIFTEN

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 9. Aufl. Leipzig 1934.
Beling, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht. Berlin und Leipzig 1928 (zit. DStrPR.).
Bennecke—Beling, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts. 2. Aufl. Breslau 1900.
Berner, Alb. Friedr., Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 5. Aufl. Leipzig 1871.
— Grundsätze des Preußischen Strafrechts. Leipzig 1861.
— Non bis in idem. GA. III S. 472 ff.
Binding, Handbuch des Strafrechts. I. Bd. Leipzig 1885.
— Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen. Bd. II. München und Leipzig 1915.
Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht. Berlin 1898.
Bockshammer, Über die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem auf dem Gebiet des fortgesetzten und Kollektivdelikts. Diss. Tübingen 1896.
v. Buri, Einheit und Mehrheit der Verbrechen. Stuttgart 1879.
Dahm, Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter. Berlin und Leipzig 1931.
Diller, Das fortgesetzte Delikt im Lichte der Strafrechtserneuerung. ZStrW. 56, 361 ff.
Doerr, Das fortgesetzte Delikt. Stuttgart 1908.
Dohna, Graf zu, Das Strafprozeßrecht. 3. Aufl. Berlin 1929.
Ebermayer—Lobe—Rosenberg, Reichsstrafgesetzbuch. 4. Aufl. Leipzig 1929 (zit. Leipz. Komm.).
Ehrhardt, Handlungseinheit und Handlungsmehrheit im geltenden Recht. Strafrechtl. Abhandl. Heft 214. Breslau 1926.
Frank, Fritz, Die Identität der Tat beim fortgesetzten und Kollektivdelikt. Diss. Freiburg/Br. 1933.
Frank, Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl. Tübingen 1931.
Freisler, Grundzüge des kommenden Strafverfahrensrechts. DStrR. 1935, S. 228 ff.
— Einige Gedanken über Willensstrafrecht und Mehrheit von Straftaten. DStrR. 1935, S. 167 ff.
Gelbert, Die Schlechterstellung des Angeklagten (reformatio in peius) bei der fortgesetzten Handlung und beim Kollektivdelikt. DJ. 1936, 1335.
— Der Gegenstand des Strafverfahrens. JW. 1934 S. 2890.
Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht. 2. Aufl. Berlin 1932.
— Der deutsche Strafprozeß. Berlin 1927.
Goltdammer, Die Materialien zum Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten. Teil I. Berlin 1851.
Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht. Allg. Teil. 2. Aufl. Berlin 1935. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission (zit. Gürtner).
— Das kommende deutsche Strafverfahren. Bericht der amtlichen Strafprozeßkommission. Berlin 1938 (zit. Ber. StPO.).
Hahn, Die gesammelten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. 2. 1877. Berlin 1880/81.
Heinrich, Verbrauch der Strafklage bei Urteilen über Kollektiv- und Fortgesetzte Delikte. Diss. Jena 1930.
Henke, Handbuch des Kriminalrechts. Berlin 1832.
Henkel, Die Gestalt des künftigen Strafverfahrensrechts. DJZ. 1935, Sp. 350 ff.
v. Hippel, Deutsches Strafrecht. II. Bd. Berlin 1930.
His I, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters. Leipzig 1920.
His II, Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Carolina. Berlin 1928.
Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen. Bd. I, Berlin 1901. Bd. II, Berlin 1908.

Honig, Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit. Berlin-Leipzig 1925.
John, Strafprozeßordnung. Bd. II. Erlangen 1888.
Keetsin Liu, Der Begriff der Identität. Diss. Breslau 1927. Strafr. Abhandl. Bd. 51, Heft 221.
Kitzinger, Ort und Zeit der Handlung im Strafrecht. München 1902.
Köhler, Strafrecht. Allg. Teil. Leipzig 1917.
Kohler, Begriff der fortgesetzten Missetat. GA. 53, S. 153 ff.
Kohlrausch, Zur prozessualen Behandlung der Idealkonkurrenz. Diss. Greifswald 1899.
— Strafgesetzbuch. 34. Aufl. Berlin 1938.
— Der Sammelbegriff der Sammelstraftat. ZAkadDR. 1938, S. 473 ff.
v. Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. Freiburg 1892.
Kroschel, Die Rechtskraft der Urteilsgründe. GS. 53, 412.
Liszt—Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. I. Bd. 26. Aufl. Berlin 1932.
Litzenberg, Der Grundsatz ne bis in idem und seine Anwendung auf dem Gebiete des fortgesetzten und Kollektivdelikts. Diss. Hamburg 1936.
Lobe, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs. Berlin und Leipzig 1933 (zit. Lobe Einf.).
Löwe—Hellweg—Rosenberg, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 19. Auflage. Berlin 1934 (zit. Löwe—Rosenberg).
Merkel, Adolf, Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen. Darmstadt 1862.
Mezger, Strafrecht. München und Leipzig 1931.
— Die fortgesetzte Handlung und das neue Strafrecht. ZAkadDR. 1936, S. 929 ff.
Neumann, Die Identität der Tat beim fortgesetzten und Kollektivdelikt. Diss. Tübingen 1933.
Niederreuther, Das fortgesetzte Delikt im Lichte nationalsozialistischer Rechtsauffassung. GS. 109, 289 ff.
— Prozeßgegenstand und Strafprozeßreform. DStrR. 1936, S. 166 ff.
— Rechtskraft und materielle Gerechtigkeit. DJ. 1938, S. 1752 f.
Olshausen, Komm. zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11. Aufl. Berlin 1927.
Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1891.
Osenbrüggen, Das alamannische Strafrecht im deutschen Mittelalter. Schaffh. 1860.
Rumpf, Der Strafrichter. Bd. II. Berlin 1913.
Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts. 2. Aufl., Stuttgart 1929.
Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen. Berlin 1930.
— Beiträge zur Strafrechtsentwicklung. GS. 101, 14 ff.
Schäfer, Ernst (Min.-Dir.), Fortgesetzte Handlung und Sicherungsverwahrung. DJ. 1938, S. 666 ff.
Schlosky, Der Verbrauch der Strafklage. GA. 71, S. 285 ff., 327 ff.
Schlüter, Die Rechtskraft als Hemmnis der Gerechtigkeit. Der deutsche Justizbeamte 1938, S. 245.
Schreuer, Die Behandlung der Verbrechenskonkurrenz in den Volksrechten. Breslau 1896.
Schröter, Handbuch des peinlichen Rechts. Leipzig 1818.
Schwarz, Sammelstraftat und fortgesetzte Handlung. ZAkadDR. 1938, S. 539 ff.
Schwarze, Zur Lehre von dem sog. fortgesetzten Verbrechen. GS. Beil. zum Novemberheft 1857.
Schwinge, Die Identität der Tat im Sinne der Strafprozeßordnung. ZStrW. 52, 203 ff.
Stenglein, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Nördlingen 1889.
Waller, Inwieweit gilt der Grundsatz ne bis in idem bei dem fortgesetzten und beim Kollektivdelikt? Diss. Rostock 1932.
v. Weber, Zur Behandlung des zum Teil im Ausland begangenen fortgesetzten Delikts. ZStrW. 57, 490 ff.
v. Woringen, Über den Begriff des fortgesetzten Verbrechens. Freiburg 1857.

Entscheidungen des Reichsgerichts auf dem Gebiet des Straf- und Strafprozeßrechts . . . . . RG.
Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen, herausgegeben von den Mitgliedern der Reichsanwaltschaft . . . RGR.

Der Deutsche Justizbeamte	DDJ.
Deutsche Justiz	DJ.
Deutsche Juristenzeitung	DJZ.
Deutsches Strafrecht	DStR.
Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, begründet von Goltdammer	GA.
Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht	GrünhZ.
Der Gerichtssaal. Ztschr.	GS.
Juristische Wochenschrift	JW.
Die Rechtsprechung des Königlichen Obertribunals	Oppenh. Rspr.
Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht	ZAkadDR.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft	ZStrW.

I. Einleitung

Für die Behandlung des fortgesetzten Verbrechens geben die geltenden Gesetze weder materiellrechtliche noch verfahrensrechtliche Vorschriften. In beiden Hinsichten ist es ein Gebilde der Rechtsübung, die seiner Eigenart Rechnung zu tragen bemüht war. Eine geschlossene Darstellung der verfahrensrechtlichen Besonderheiten und Abweichungen gegenüber der prozessualen Behandlung des einfachen Verbrechens macht sich diese Arbeit zur Aufgabe.

Die verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten betreffen namentlich die Fragen der Bildung des Prozeßgegenstandes und des Umfanges der Rechtskraft; die strafrechtlichen neuerdings das Verhältnis von Fortsetzungszusammenhang und Sicherungsverwahrung. Bei der Überwindung dieser Schwierigkeiten galt es, sich mit einer auf diesem Gebiet oft beobachteten formal-konstruktiven Denkweise auseinanderzusetzen. Die Lösung solcher Fragen hat aber in der heutigen Rechtsprechung in erster Linie nicht aus begrifflichen Erwägungen, sondern aus Gründen der Zweckmäßigkeit und mit Rücksicht auf die Erfordernisse des gesunden Rechtsempfindens zu erfolgen. Nur so kann das Hauptziel des nationalsozialistischen Strafverfahrens, die Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit, erreicht werden.

Es wurde daher der Versuch gemacht, bei jeder einzelnen Frage diese Methode zur Grundlage der Behandlung zu machen und so auch in den Einzelheiten dem durch die Staatserneuerung eingetretenen Wandel der Lebens- und Rechtsanschauung Rechnung zu tragen. Dabei zeigte sich, welche Änderungen in der Lösung der Einzelfragen schon nach geltendem Recht, insbesondere gegenüber der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichts, notwendig, aber auch möglich sind.

Das kommende Recht will teilweise durch positive Regelung eingreifen. Alles zu regeln vermag es nicht. Deshalb behalten die angestellten Erwägungen auch für das kommende Recht ihre Bedeutung. Soweit an eine positivrechtliche Neuordnung gedacht ist, sind diese Auswirkungen des kommenden Strafverfahrens auf die hier einschlagenden Fragen an Hand des Berichts der amtlichen Strafprozeßkommission 1938 dargestellt worden.

Allenthalben zeigte sich, daß für die prozessuale Behandlung des fortgesetzten Verbrechens die Auffassung von seinem strafrechtlichen Wesen von entscheidender Bedeutung ist. Diese materiellrechtliche Auffassung aber ist keineswegs eindeutig und einheitlich. Erst im Rahmen der nationalsozialistischen Rechtserneuerung hat das fortgesetzte Delikt erneut seine schwierige und zwiespältige Natur erwiesen. Auch hier hieß es, von einer zweckmäßigen, den Bedürfnissen einer gesunden Rechtspflege

genügenden Begriffsbestimmung auszugehen. Die begriffliche Klarstellung dieser materiellrechtlichen Erscheinung war unerläßliche Voraussetzung ihrer prozessualen Behandlung.

Diesen materiellrechtlichen Fragen ist daher ein breiter Raum eingeräumt worden, und das nicht nur deshalb, weil das fortgesetzte Verbrechen in jüngster Zeit wieder problematisch geworden ist, sondern auch, weil allein eine fundierte und damit auch dogmengeschichtliche Betrachtung des fortgesetzten Verbrechens die hier notwendige Klarheit über sein Wesen und die daraus resultierenden zwangsläufigen Folgerungen für seine prozessuale Behandlung zu vermitteln vermag.

II. Die materiellrechtliche Behandlung des fortgesetzten Verbrechens

1. Vorfragen zur Wesensbestimmung des fortgesetzten Verbrechens

Der Begriff des fortgesetzten Verbrechens ist wenig eindeutig; an einer Begriffsbestimmung, die Anspruch auf allgemeine Gültigkeit erheben könnte, fehlt es. Es stehen sich deren zwei, eine objektiv gestaltete und eine wesentlich subjektive gegenüber. Letztere geht von dem „einheitlichen Vorsatz" aus. Danach ist ein fortgesetztes Delikt gegeben, wenn der Vorsatz im voraus auf die Begehung der mehreren Ausübungsakte als einer Straftat gerichtet ist. Daneben haben objektive Momente, Einheit des Rechtsguts, Gleichartigkeit der Handlung usw. nur sekundäre Bedeutung[1].

Im Gegensatz hierzu gewinnt die objektive Theorie den Begriff der fortgesetzten Handlung gerade aus diesen äußeren Merkmalen. Die Gleichartigkeit der Begehung, die Einheitlichkeit des Rechtsguts, der zeitliche Zusammenhang der einzelnen Tätigkeitsakte sowie die Erfüllung des gleichen Deliktsgrundtatbestandes sollen die maßgeblichen Kriterien sein, ebenso wie die Ausnutzung desselben dauernden Verhältnisses oder derselben Gelegenheit[2]. In subjektiver Hinsicht genügt danach Gleichartigkeit der Schuld, so daß auch ein fahrlässig fortgesetztes Delikt anerkannt wird.

Wenn schon die Begriffsbestimmung des fortgesetzten Verbrechens auf derart verschiedene Art und Weise vorgenommen wird, so könnte man sich damit abfinden, wenn Klarheit darüber bestände, was eigentlich Gegenstand solcher Begriffsbestimmung ist. Handelt es sich beim fortgesetzten Verbrechen um eine besondere Art der natürlichen Handlungseinheit[3], oder ist hier für eine natürliche Auffassung eine Einheit gar nicht mehr gegeben, vielmehr nur eine „juristische Einheit"[4] anzunehmen, zu der die für eine natürliche Betrachtung mehreren Handlungen aus rechtlichen Gründen zusammengefaßt werden? Für den Prozeß ist die Beantwortung dieser weiteren Frage von eminenter Bedeutung. Bei einer juristischen Handlungseinheit bietet sich die Möglichkeit, da, wo es zur Erzielung

---

[1] Köhler, S. 540; Gerland, Strafrecht, S. 210; Doerr, S. 89 ff.; RG. 15/23, st. Rspr.; ebenso Lobe, Einf. IX, Ziff. 5. — Vgl. Rumpf, S. 243; Honig, S. 125 mit weiteren Zitaten zu dieser Rspr., beide kritisch, im Ergebnis ablehnend.

[2] Mezger, S. 466; v. Hippel, II S. 540 ff.; Liszt—Schmidt, S. 352; Frank, § 74 V Ziff. 2; Honig, S. 142.

[3] Lobe, Einf. S. 138; Kohlrausch, StGB. S. 188.

[4] Mezger, S. 463; RG. 51/305; 64/279; vgl. Lobe, a. a. O. S. 138.

gerechter Ergebnisse nottut — man denke an die schwierige Frage nach dem Umfang des Verbrauchs der Strafklage bei Verurteilung wegen fortgesetzten Delikts — unter bestimmten Voraussetzungen, darüber S. 72 f., auf die zugrundeliegende Mehrheit der Einzelakte zurückzugehen und so z. B. den Strafklageverbrauch auf einen Teil derselben zu beschränken. Bei Annahme einer natürlichen Handlungseinheit dagegen ist solches ausgeschlossen.

Sind derart schon Begriffsbestimmung und Wesen des fortgesetzten Verbrechens nicht eindeutig, so ist es verständlich, daß auch seine Aufgabe im Ganzen des Strafrechtssystems fraglich erscheint. Wieder sind zwei Auffassungen möglich. Einmal die eines praktischen Arbeitsbegriffs, der, ebenso wie die Bestimmungen der Konkurrenz, jeweils ohne Einschränkung zur Anwendung zu bringen wäre. Möglich erscheint aber auch ein derart eingeschränkter Begriff des fortgesetzten Delikts, daß es hinfort nur mehr als eine kriminalistische Ausnahme erscheint[5]. Besonders der Entwurf 1935 weist die Tendenz zu solcher Beschränkung des Begriffs auf, indem er die bisher darunter verstandenen Hauptfälle nach dem Prinzip der rechtlichen Behandlung der Tatmehrheit abgeurteilt wissen will[6]. Unter diesem Gesichtspunkt würde man das fortgesetzte Delikt in Zukunft als einen neuen strafrechtlichen Bewertungsmaßstab, nicht mehr aber als praktischen Arbeitsbegriff zu betrachten haben[7].

Diese letztere Überlegung legt die grundlegende Frage nahe, welche Bedeutung der Fortsetzung mit Rücksicht auf die Strafzumessung beizulegen ist. Ist sie grundsätzlich als Schärfungsgrund anzusehen oder hat sie eine strafmildernde Wirkung? Es hat bis zum heutigen Tage nicht an Stimmen gefehlt, die für das fortgesetzte Verbrechen das „Privileg der Bestrafung wegen einer einzigen Tat" in Anspruch nehmen[8]; also grundsätzlich von der Angemessenheit milderer Bestrafung ausgehen. Die noch heute übliche Behandlung des fortgesetzten Verbrechens gestattet auch nicht ein Hinausgehen über den normalen Strafrahmen. Das wurde andererseits von verschiedenen Seiten als Mangel empfunden und die Möglichkeit einer Strafschärfung über den gewöhnlichen Strafrahmen hinaus gefordert[9]. Dahin führt die Überlegung, daß derjenige, der auf Grund eines vorgefaßten Planes handelt, so daß sein Vorsatz „von vornherein den Gesamterfolg umfaßt und auf dessen stoßweise Verwirklichung durch mehrere unselbständige Einzelhandlungen, von denen jede einzelne den Tatbestand erfüllt, gerichtet ist"[10], keinen geringeren verbrecherischen Willen aufweist als ein anderer, der nacheinander den Entschluß zu den verschiedenen Handlungen faßt. Im Gegenteil erscheint das Vorgehen des ersteren viel entschlossener und damit gefährlicher, als das Verhalten des nicht derart planmäßig Handelnden, der sogar u. U. von weiteren Taten absehen wollte, seinem guten Vorsatz aber nicht treu zu bleiben vermochte[11].

---

[5] Diller, ZStrW. 56, 369; Freisler, DStr. 1935, 162.
[6] Gürtner, S. 240.
[7] Diller, a. a. O. S. 369 f.
[8] Grau, S. 240; Honig, S. 133, 137.
[9] Liszt—Schmidt, S. 352 Anm. 2; RG. 70/244.
[10] RG. 51/308.
[11] Diller, S. 372; Honig, S. 139; Mezger, ZAkadDR. 1936, 929.

So wird schließlich die Frage möglich, ob nicht die einzig zutreffende Auffassung aller mit dem fortgesetzten Delikt in Zusammenhang stehenden Fragen die ist, daß es sich hier in Wahrheit um eine reine Strafzumessungsfrage handelt[12]. Die Bestrafung der mehreren Akte als Handlungseinheit hätte dann zu erfolgen, „wenn die Gerechtigkeit es fordert und zuläßt“[13]. Das aber wäre der Fall, „wenn der deliktische Unwert der mehreren Tätigkeitsakte zusammengenommen den eines sonstigen Einzelaktes nicht übersteigt“[14]. Über diese Frage müßte der Tatrichter endgültig befinden. Mit dieser Annahme wäre das fortgesetzte Delikt als systematischer Begriff abgetan, und es bliebe dem Takt des Tatrichters überlassen, jeweils aus der Gesamtsituation heraus eine angemessene Bestrafung durchzuführen.

Dieser Überblick zeigt eine Reihe von Grundfragen, die heute beim Neubau des Strafrechts aktuelle Bedeutung gewonnen haben. Voreilig wäre es, lediglich auf Grund des heutigen Standes der Meinungen um das fortgesetzte Delikt sich für die eine oder die andere Lösung entscheiden zu wollen, ohne auf Herkunft und Entstehung dieser Erscheinung Rücksicht zu nehmen. Soll eine Antwort gefunden werden, die nicht nur im oberflächlichen Anschluß an diese oder jene Meinung besteht, dann muß sie in der Dogmengeschichte des fortgesetzten Deliktes fundiert sein. Denn die verschiedenen heute vertretenen Ansichten sind durch größere Zusammenhänge bedingt, deren Erkenntnis nur durch einen historischen Rückblick ermöglicht wird.

2. Geschichtlicher Überblick über die Entwicklung des fortgesetzten Verbrechens

a) Das römische Recht[1]

Im römischen Recht ist das fortgesetzte Verbrechen unbekannt.

Die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft war bemüht, seine Geltung aus D. 47, 2. l. 67 § 2 herauszulesen[2]. Diese Digestenstelle meint aber etwas anderes. Sie behandelt den Fall, daß ein Dieb, dem die gestohlene Sache von einem Dritten gestohlen wird, diese Sache zurückstiehlt. Savigny wies nach, daß die Stelle in Wahrheit zivilrechtlich zu verstehen ist und nichts anderes bedeutet, als daß der Eigentümer der Sache gegen den Dieb, trotz des doppelten Diebstahls nur eine actio hat[3].

Im römischen Recht fehlt eine selbständige Entwicklung der Allgemeinen Lehren. Das dürfte auch der tiefere Grund dafür sein, daß das fortgesetzte Delikt nicht entwickelt worden ist[4].

Es galt im römischen Recht, also auch in den Fällen, die wir heute als fortgesetztes Delikt bezeichnen, der Grundsatz: „quot crimina, tot poenae“, wie aus D. 47, 1. l. 2. pr. erhellt[5].

---

[12] [13] Mezger, ZAkadDR. 1936, 929 ff.

[14] Mezger, a. a. O.; ebenso Rumpf, II S. 327.

[1] Höpfner, I S. 7 ff.; Doerr, S. 9.

[2] Henke, S. 613, 615 Anm. 5; Schröter, I S. 199 ff., 201 Anm. 1.

[3] Savigny, Vermischte Schriften, Bd. IV 1850, S. 78; vgl. Honig, S. 87.

[4] Mommsen, Römisches Strafrecht, 1899, S. 126 und 533; Schaffstein, Allg. Lehren, 1930; GS. 101, 14 ff.

[5] Höpfner, I S. 7; Rein, KrimR. 1844 S. 248.

b) Das Deutsche Recht bis zur Carolina

Ebensowenig wie im römischen Recht ist das fortgesetzte Verbrechen im germanischen, fränkischen und späteren Recht des deutschen Mittelalters als systematischer Begriff entwickelt worden.

Das Strafrecht dieser Zeit ist Erfolgsstrafrecht[6]. Die Zahl der verletzenden Erfolge bestimmt daher Einheit und Vielheit der Verbrechen. Hinzu kommt, daß das alte deutsche Strafrecht eine systematische, die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen behandelnde Ausbildung ebensowenig wie das römische Strafrecht erfahren hat.

Nur auf dem Gebiet der Sittlichkeitsdelikte werden in den Volksrechten einzelne Fälle nach dem Muster des fortgesetzten Deliktes behandelt[7].

Sonst gingen Verbrechen und Strafe einander parallel, wobei hinsichtlich der Strafenkonkurrenz bald das Kumulationsprinzip, bald das Absorptionsprinzip zur Geltung kamen[8].

In der Zeit der Rechtsbücher ändert sich an diesem Rechtszustand nichts Wesentliches[9].

c) Das mittelalterliche italienische Strafrecht[10]

In der italienischen Wissenschaft finden wir erstmalig eine eingehendere Behandlung der Allgemeinen Lehren vom Verbrechen. Die Anfänge für die Unterscheidung von Einheit und Mehrheit der Verbrechen liegen vor, und ebenso läßt sich die Entwicklung des Begriffs des fortgesetzten Verbrechens auf die Lehren der Italiener zurückführen.

Allerdings finden sich die Erkenntnisse nicht in abstrakter Formulierung zusammengefaßt. Die Methode der Quellenanalyse und -exegese, der mos Italicus[11], führte zur Behandlung der in den Quellen gegebenen Musterfälle. Diesen konkreten Beispielsfällen ist die Ansicht der Autoren zu entnehmen.

Für die Verbrechensmehrheit wird auch in dieser Zeit auf Grund D. 47, 1 l. 2 als Regel angenommen, daß jedem Verbrechen seine besondere Strafe wird und daß die Strafen einfach gehäuft werden.

Bartolus, der die hier interessierenden Fragen am ausgiebigsten behandelt, unterteilt die delicta circa rem, im Gegensatz zu denen in personam, in die delicta momentanea und successiva und behandelt diese zum Teil abweichend von obiger Grundregel.

Es soll bei den delictis momentaneis, wenn das Tun ad eundem effectum geht, nur wegen eines Delikts bestraft werden[12]. So derjenige, der mehrere falsche Zeugen vorbringt, oder der Zeuge, der mehrere falsche

---

[6] Brunner, Deutsch. Rechtsgeschichte, 2. Aufl. Bd. I S. 212; Bd. II (bearb. von v. Schwerin) S. 703, 704, 708 ff.; Schröder—v. Künssberg, Lehrb. der dtsch. Rechtsgeschichte, 1932. S. 89, 381; His. I S. 43.

[7] Schreuer, S. 86, 87; Höpfner, I S. 20.

[8] Brunner—v. Schwerin, II S. 712, 713; Schröder—v. Künssberg, S. 381 ff.; Schreuer, S. 2, 27 ff.; Höpfner, I S. 19.

[9] John, Das Strafrecht in Norddeutschl. zur Zeit der Rechtsbücher, 1858. S. 268 ff.; His, I S. 251; II S. 45, 46; Schröder—v. Künssberg, S. 381; Schreuer, S. 151 u. § 113 Anm. 1. — Hinsichtlich des Fortschritts des Absorptionsprinzips: Osenbrüggen, S. 188 ff.; His, I S. 256 Anm. 1, 2.

[10] Höpfner, I S. 27 ff.; Doerr, S. 12 ff.; Dahm, S. 243 f.; Kohler, Stud. III, S. 292 ff.

[11] Schaffstein, GS. 101, 20; Höpfner, I, S. 41.

[12] Bartolus, D. 47. 2. l. 67, 68, 69, § 2 Nr. 1 ff.; vgl. Dahm, S. 243., 247.

Aussagen macht, wenn das ad eundem effectum geschieht; anders, wenn diese Handlungen ad diversos effectus tendunt.

Dabei ist dieses tendere ad eundem effectum subjektiv zu verstehen[13].

Bei den delictis successivis, bei denen im Gegensatz zu den momentaneis die unerlaubten Handlungen öfters vorgenommen werden und in quibus animus plurimum operetur, nimmt Bartolus mit Rücksicht auf diese im Subjektiven liegende Klammer pro toto tempore unum maleficium an.

Daß Bartolus das tendere ad eundem effectum subjektiv verstanden wissen will, zeigt die zur Erklärung des Ausdrucks herbeigezogene Behandlung des folgenden Falles[14]: Wenn jemand einen anderen angreift, ihm mehrere Wunden zufügt und sich endlich zur Tötung hinreißen läßt, so wird er sowohl wegen Verwundung wie wegen Tötung bestraft, weil die mehreren Delikte nicht ad eundem effectum tendunt. Und zwar sei das deshalb nicht der Fall, quia non eodem impetu gehandelt wurde. Erfolgt die Verwundung und endliche Tötung aber uno impetu, dann wird er nur mit einer Strafe belegt, und zwar wegen der Tötung. Aus diesen Fällen erhellt, daß Bartolus auch im Falle der Verbrechensmehrheit, sofern die Delikte ad eundem finem tendunt, abweichend von der Regel, nur eine Strafe anwendet.

Es wird hier deutlich, daß Bartolus nicht auf einen objektiven Sachverhalt, sondern auf die Einheit des inneren Tatbestandes, des Fortwirkens der Erregung abstellt, wenn er die einheitliche Bestrafung oder auch die Zusammenfassung zum einheitlichen Delikt begründen will[15].

Doch konnte er die übrigen Rechtslehrer nicht bewegen, von der Glosse abzuweichen. Diese ließ den zeitlichen Zusammenhang, die Einheit des Zeitaublaufs entscheiden[16]. Maßgeblich war, ob die plura delicta in continenti facta erant[17].

Einen neuen Beitrag liefert Prosper Farinacius[18]. Er meint, daß Fortsetzungszusammenhang zwischen den continuatis delictis eiusdem generis insbesondere dann anzunehmen sei, wenn sie denselben Zweck verfolgen und durch die Fortsetzung des Delikts die einmal eingetretene Rechtsverletzung nicht erweitert werde.

Diese Ansicht ist in der späteren Theorie lebendig geblieben und hat heute in der Forderung nach dem einen einheitlichen Rechtsgut Gestalt gewonnen.

Wir können demnach bei den Italienern die Anfänge zur Entwicklung des Begriffs vom fortgesetzten Verbrechen beobachten. Schon hier sind zwei Richtungen gegeben, eine, die den objektiv-zeitlichen Zusammenhang betont und eine, die auf den inneren Willen abstellt, ein subjektives Moment zum Kriterium erhebt. Ebenso zeigt sich der unklare Zweifel, ob es sich beim fortgesetzten Verbrechen um Verbrechenseinheit

---

[13] Zweifelnd Höpfner, I S. 31, 32; Doerr, S. 14.

[14] Bartolus, D. 47, 1. l. 2 Nr. 5—10; vgl. Dahm, S. 244.

[15] Dahm, S. 244.

[16] Zu D. 47, 1. l. 2; vgl. Höpfner, I S. 38 Anm. 24; Dahm, S. 243, 244.

[17] Vgl. Höpfner, I S. 38 Anm. 25 über Gandinus; Angelus D. 47, 2. l. 67 § 2 Nr. 2f. D. 47. 1. l. 2 Nr. 6f.; Baldus C. VI 2 De furtis 4 n. 1; Jul. Clarus: Opera, Liber V. Fin. Quaestio 84.

[18] Farinacius: Praxis et Theorica Criminalis, Lib. I Tit. III Quaest. XXII; vgl. Höpfner, I S. 46.

oder um eine als ein Verbrechen zu bestrafende Verbrechensmehrheit handelt[19].

In den Gesetzen jener Zeit finden wir vorwiegend den Satz: quot delicta, tot poenae. Doch werden in der Praxis auch die Ergebnisse der Wissenschaft angewandt[20].

d) Das Gemeine Recht bis zu Carpzow

Die erste Epoche der gemeinrechtlichen Strafrechtswissenschaft, die von der Carolina (1532) bis zum Erscheinen von Carpzows Practica (1635) datiert, ist dadurch gekennzeichnet, daß sie in der Methode ebenso wie im behandelten Rechtsstoff den Italienern folgt[21]. Von einer ausgebildeten Theorie oder nur einem Fortschritt der Lehre im Vergleich zu der italienischen Jurisprudenz ist keine Rede[22]. Auch soweit die Carolina kommentiert wird, ist es aus eben denselben Gründen zu einer schöpferischen Entwicklung nicht gekommen[23].

e) Die Bedeutung Carpzows

Den Abschluß dieser ersten Epoche und die Einleitung einer neuen Ära, die bis Böhmers Elementa iuris criminalis (1737) datiert, bildet Carpzows Practica Nova (1635)[24]. Es handelt sich um eine letzte, groß angelegte Verarbeitung der Ergebnisse italienischer Doktrin, die den Weg für eine selbständige deutsche Entwicklung anbahnt.

Der Begriff des fortgesetzten Delikts findet sich bei Carpzow wesentlich im Sinne der italienischen Legisten behandelt. Er erwähnt es bei der Erörterung der einzelnen Delikte. Danach soll bei den delictis successivis nur eine Strafe eintreten[25]. Ausschlaggebend für die Annahme der Fortsetzung ist, daß die Handlung noch nicht abgeschlossen ist. Das aber ist solange nicht der Fall, wie sie aus einem einmal gefaßten dolus hervorgeht und ad eundem tendat finem. Unter dieser Voraussetzung wird der Komplex von verschiedenen Deliktsperfektionen mit einer Strafe belegt[26].

Systematisch bedeutsam ist, daß die Quaestio 132, die insbesondere diese Frage behandelt, bei Carpzow unter der Überschrift „De Cumulatione Poenarum" steht. Das fortgesetzte Delikt wird also im Rahmen von Konkurrenzfragen und als ein Fall der Konkurrenz erörtert. Die Frage wird dahin gestellt, wann die mehreren Delikte nur eine, wann sie mehrere Strafen zur Folge haben. Auch hinfort, und zwar während der ganzen Zeit des gemeinen Rechts ist das fortgesetzte Delikt als Konkurrenzproblem behandelt worden.

Kennzeichnend für Carpzow ist aber, daß er den theoretischen Unterscheidungen nur einen bedingten Wert beimißt und die jeweils angemessene Lösung des Falles dem Richter anheimstellen will[27]. Auf Grund

[19] Höpfner, I S. 48.
[20] Dahm, S. 245, 247; Kohler, Stud. S. 292.
[21] Schaffstein: Allg. Lehren, S. 3 ff., 24, 25; GS. 101, 39, 44.
[22] Doerr, S. 17.
[23] Schaffstein, Allg. L. S. 8.
[24] Schaffstein, Allg. L. S. 2, 9 ff.
[25] Quaestio 23 Nr. 48; Quaestio 63 Nr. 61/62.
[26] Quaestio 132 13 und 15; Lobe, Die allg. strafrechtl. Begriffe nach Carpzow. Diss. Leipz. 1894, S. 56 f.
[27] Quaestio 132 Nr. 18.

dieser Überzeugung sieht er von einer genaueren Unterscheidung der Konkurrenzarten und des fortgesetzten Deliktes ab.

Vielmehr richtet er sein Augenmerk auf die praktische Behandlung der Frage und erörtert sie unter dem Gesichtspunkt der Kompatibilität bzw. Inkompatibilität der mehreren Strafen, wobei er von dem sächsischen Gerichtsgebrauch ausgeht. Dabei ist Carpzow trotz des grundsätzlichen Ausgangspunktes: quot crimina — tot poenae in der weitaus größten Zahl der Fälle zu der Behandlung nach der Regel: maior poena absorbet minorem gekommen[28]. Diesem Vorgehen Carpzows verdankt das Absorptionsprinzip in jener Zeit den Vorrang gegenüber der Kumulation.

So ruht das Schwergewicht der Arbeit Carpzows nicht in der Lehre der Konkurrenz, sondern in der Erörterung der Kompatibilität und Absorption der zusammentreffenden Strafen.

Die Lehren Carpzows beherrschen für das folgende Jahrhundert die deutsche Strafrechtswissenschaft[29]. Bezeichnend für die deutsche Literatur dieser Epoche ist, daß sie nur von der Bestrafung der mehreren Verbrechen handelt; die im Bereich der Konkurrenzlehre (bei der das fortgesetzte Verbrechen stets behandelt wurde) heute so entscheidende Frage nach Einheit und Mehrheit der Handlung wird gar nicht aufgeworfen. Darin zeigt sich aufs deutlichste der entscheidende Einfluß Carpzows[30].

f) Die Zeit bis zum Abschluß der gemeinrechtlichen Strafrechtswissenschaft

Die dritte, die gemeinrechtliche Entwicklung abschließende Epoche rechnet von Böhmers Elementa (1737) bis zum Ende des 18. Jahrhunderts[31]. Sie wird eingeleitet mit Böhmers entschiedenem Kampf[32] gegen das von Carpzow bevorzugte Absorptionsprinzip. Die Folge davon ist, daß auch für die Behandlung des fortgesetzten Delikts neue Wege gefunden werden müssen. Das Verdienst, der Konkurrenzlehre und damit auch der vom fortgesetzten Delikt, das nach wie vor im Rahmen der Konkurrenzfragen behandelt wurde, eine neue und für längere Zeit entscheidende Wendung gegeben zu haben, gebührt Koch[33]. Er hat wieder den seit Carpzow unbeachtet gebliebenen Gesichtspunkt der Handlungseinheit und -mehrheit erörtert.

Bei der Erörterung des fortgesetzten Verbrechens allerdings läßt er diesen Gesichtspunkt außer Betracht und stellt allein auf die Einheit oder Mehrheit des Objekts des Verbrechens ab. Das fortgesetzte Delikt erscheint ihm als ein Unterfall der gleichartigen Realkonkurrenz. Ein fortgesetztes Delikt liegt dann vor, wenn die einzelnen Tätigkeitsakte an dem gleichen Objekt begangen wurden[34]. Das fortgesetzte Delikt unterscheidet sich demnach von dem wiederholten Verbrechen nur durch die Identität des Objekts. Die an diesem verübten mehreren Delikte gleicher Art wer-

---

[28] Schaffstein, Allg. L. S. 216; Höpfner, I S. 54; Doerr, S. 17.
[29] Schaffstein, Allg. L. S. 216; vgl. Ziegler, Disputatio de poenis, 1674 § 55.
[30] Vgl. Ziegler, a. a. O.; Schoepf, De concursu delictorum eiusque effectu. 1738.
[31] Schaffstein, Allg. L. S. 2, 16 ff.
[32] Elementa Sect. II § 29; Meditationes: Art. 163.
[33] Schaffstein, Allg. L. S. 219.
[34] Koch, Institutiones iuris criminalis, 9. Aufl., § 24, §§ 158 f. — In dieser Bestimmung sind Tabor und Schultz in gewisser Weise seine Vorgänger. — Darüber von Woringen, S. 12, 13.

den mit nur einer Strafe belegt. Argument dafür, wie für die ganze Lehre, war der oben angeführte, mißverstandene Satz des römischen Rechts (S. 5 d. Arb.).

Diese Begriffsbestimmung Kochs ist für die folgende Zeit maßgeblich geblieben[35]. Die gemeinrechtliche Wissenschaft findet am Ende des 18. Jahrhunderts ihren Abschluß, als man nicht mehr nur die Methode des Naturrechts übernimmt, sondern auch seine Inhalte zum Gegenstand der modernen Wissenschaft macht[36]. Doch wirkt sich das auf dem Gebiet des fortgesetzten Verbrechens vorläufig noch nicht aus. Feuerbach, der in dieser Richtung bahnbrechend ist, kam auf dem Gebiet des fortgesetzten Delikts über die von Koch aufgestellten Grundsätze nicht hinaus. Auch für ihn ist das fortgesetzte Delikt nichts weiter als eine Unterart der Konkurrenz[37].

Auf Feuerbach geht das bayerische Strafgesetzbuch vom 16. Mai 1813 zurück. Dieses enthält in Art. 110 die Begriffsbestimmung des fortgesetzten Delikts, das als mehrfach an demselben Objekt begangenes Verbrechen definiert wird. Diese gesetzliche Bestimmung hat durch die Polemik, die sie entfachte, erst eigentlich die ganze Frage des fortgesetzten Delikts ins Rollen gebracht.

3. Die Ansichten des 19. Jahrhunderts über das fortgesetzte Verbrechen bis zum Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches

a) Das Schrifttum

Die wissenschaftliche Behandlung des fortgesetzten Delikts im 19. Jahrhundert beginnt mit einer entscheidenden Kritik an der bisherigen Auffassung. Diese Lehre, die als Kriterium der Fortsetzung die Identität des Angriffsobjekts ansah, führte zu unbefriedigenden, weil vom Zufall bestimmten Ergebnissen.

Nach dieser Theorie würde ein Sittlichkeitsverbrecher, der eine Frau notzüchtigte, wenn er Jahre später ein gleiches Verbrechen begeht und zufällig die gleiche Frau erneut sein Opfer wird, wegen fortgesetzten Verbrechens bestraft werden, eben weil er sich an demselben Objekt vergangen hat.

Mittermaier[1] wies ihre Unbrauchbarkeit nach. Diese Art der Begründung des fortgesetzten Verbrechens wurde demzufolge hinfort aufgegeben. Der Begriff als solcher fand jedoch auch weiterhin Anerkennung und damit erwies sich eine neue Rechtfertigung des fortgesetzten Verbrechens als notwendig.

Denn allgemeiner Grundsatz jener Zeit war das Kumulationsprinzip. Danach hätten die einzelnen Fälle des fortgesetzten Verbrechens von nun an je mit einer Strafe belegt werden müssen. Das aber wurde als un-

---

[35] Püttmann, Elem. 1779, Lib. 1 § 33; G. J. Fr. Meister, Principia 1828 P. I § 114; Klein, Grunds. 1796, § 156; Tittmann, Handb. I 1822 S. 199; Abegg, System, 1826 S. 84; Heffter, Lehrb. 2. Aufl. § 163.

[36] Schaffstein, Allg. L. S. 22.

[37] Lehrb. 9. Aufl. § 128.

[1] Neues Archiv, Bd. II 1818, S. 238 ff.; ebenso Sander, NArch. 1836, S. 372 ff.; hierzu Höpfner, I S. 71 ff.; Doerr, S. 21 ff.

billig empfunden. Es galt einen neuen Weg zu finden, um solches zu vermeiden, und eine mildere Bestrafung zu rechtfertigen.

Die neue Wendung, die das 19. Jahrhundert dem Problem gab, bestand darin, daß das fortgesetzte Delikt nur als eine Handlung, als ein Verbrechen betrachtet und dementsprechend auch bestraft werden sollte. Durch Annahme der Verbrechenseinheit wollte man der Strafenkumulation entgehen. Die Folge war, daß das fortgesetzte Delikt in systematischer Hinsicht aus der Konkurrenzlehre herausgenommen wurde. Alle Bemühungen drehten sich um die Begründung der Verbrechenseinheit. Doch wurde das Wesentliche nicht immer erkannt. Anstatt sein Augenmerk auf die systematische Begründung der Verbrechenseinheit in diesen Fällen zu richten, fragt man sich, ob und wann die mehreren Akte milder behandelt werden müßten[2]. So „blieb der theoretische Gesichtspunkt bisweilen gründlich verstellt"[3].

Die Zahl der um die Begründung der Verbrechenseinheit entwickelten Theorien ist groß. Auch hier gebührt das Verdienst, bahnbrechend gewirkt zu haben, Mittermaier, der den „gewissen Zusammenhang", in dem seiner Ansicht nach die einzelnen Akte des fortgesetzten Verbrechens stehen müssen, mit dem „Verhältnis" erklärt, aus dem heraus der Täter sie unternimmt[4].

Die weiteren Theorien lassen sich in drei große Gruppen zusammenfassen, solche, die ein subjektives Moment zum maßgeblichen Kriterium wählen, andere, die den Fortsetzungszusammenhang objektiv begründen und schließlich die, die mehrere Momente zur Begriffsbestimmung zusammenfassen.

Die Entwicklung der subjektiven Theorien ist auf die große Strömung im Strafrecht des 19. Jahrhunderts gegründet, die ihr Interesse der Behandlung des subjektiven Moments zuwandte[4]. Sie alle scheiden das fortgesetzte Verbrechen aus der Konkurrenz als ein selbständiges verbrecherisches Ganzes aus[5]. Zu eben diesem Ganzen werden die mehreren Akte durch die Einheit des Entschlusses, der Absicht, zusammengefaßt[6]. Dieses Moment stellte sich aber als unsicher und unbestimmt heraus, und als der Willkür des Täters ausgeliefert und bot keinen Grund zur Strafmilderung[7].

Die nachgewiesene Schwäche der subjektiven Theorien führte zu der Ansicht, daß man eine gültige Formulierung des fortgesetzten Delikts nur unter Absehen von subjektiven Momenten werde finden können. Nicht ein subjektives Merkmal soll die juristische Einheit der einzelnen Akte vermitteln, sondern die Beschaffenheit des Objekts des Verbrechens.

---

[2] Merkel, S. 13, 14.

[3] A. a. O. S. 247 ff.

[4] Merkel, S. 26.

[5] Ausnahme: Sander, der hier eine Mehrheit als ein Verbrechen bestrafen will, a. a. O. S. 379; vgl. hierzu Höpfner, I S. 75; Doerr, S. 25, 26.

[6] Schröter, Handb. 1818 S. 199; Henke, Handb. 1823 S. 612, 617; Rosshirt, Grundsätze, 1828 S. 111; Thilo, StGB. f. Baden, 1845 S. 191; Mittermaier, Demmes Annalen, 1837; Hälschner, System d. preuß. Strafrechts, 1858 S. 489, 497; Berner, Grunds. S. 118; Binding, Handb. I S. 536 ff.

[7] Köstlin, System des deutsch. Strafrechts, 1855,S. 545; Merkel, S. 20, 21, 30 Anm. 25, 31 ff., 46; v. Woringen, S. 21, 37; Schwarze, S. 75 ff., 98; Höpfner, a. a. O.; Doerr, a. a. O.

So geht Schwarze[8] von der Unteilbarkeit des Objekts aus, die allen der ersten Verletzung folgenden weiteren Verletzungen die Selbständigkeit nehmen soll, insofern sie lediglich den Umfang der bereits vorhandenen Verletzung erweitern[9]. Merkel[10] meint, die Frage nach Einheit und Mehrheit der Verbrechen sei identisch mit der Zahl der Erfolge. Beim fortgesetzten Verbrechen müßten die mehreren Verletzungen in einem „Totaleffekt" zusammenlaufen[11]. Ihm folgen Bünger[12] und Wachenfeld[13].

Von der sprachlichen Ausdeutung des Wortes Fortsetzungszusammenhang geht v. Woringen aus[14], ohne dabei, da er auf die Kontinuität der Zeit keinen Wert legt, zutreffend zwischen der Gleichheit und der Einheit der Handlungen unterscheiden zu können[15].

Die Schwäche der objektiven Theorien liegt in ihrer Einseitigkeit, insofern sie lediglich auf ein Kriterium abstellen. Zu bemerken bleibt, daß ihre Vertreter das fortgesetzt fahrlässige Verbrechen anerkennen, das im Rahmen der subjektiven Theorien unmöglich ist.

Da die auf ein Merkmal beschränkten Begriffsbestimmungen des fortgesetzten Verbrechens sich als unzulänglich erwiesen, so ist es nur natürlich, daß Bemühungen einsetzten, durch Zusammenfassung der Merkmale zum Ziel zu kommen. Zwei Wege sind dabei beschritten worden. Zunächst finden wir eine Auffassung, die diese Merkmale eklektisch nebeneinander stellt, und sodann erst zeigt sich der Versuch, sie organisch zu vereinen.

Die erstere Methode verfolgt Bauer[16]. In der systematischen Auffassung des fortgesetzten Verbrechens begegnet er sich mit Sander, indem er es als eine Verbrechensmehrheit bezeichnet, die unter bestimmten Voraussetzungen als ein Verbrechen bestraft wird. Zur Feststellung, wann das der Fall ist, gibt er dem Richter verschiedene Anhaltspunkte an die Hand. Wenn mehrere derselben zusammentreffen, so kann ein fortgesetztes Verbrechen vorliegen. Damit bleibt die Frage, warum denn in dem einen Falle die Einheit z. B. des Gegenstandes, des Ortes, des Zweckes entscheidend ist und nicht in dem andern, übrig, d. h. es bleibt die ganze Frage übrig, was ein fortgesetztes Verbrechen ist[17].

Köstlin[18] will die Einheit des Entschlusses und des Objektes entscheiden lassen, wobei aber die Bestimmung der Einheit des Objektes Schwierigkeiten macht[19]. Schon vor ihm geht Waser[20] ähnliche Wege, meint jedoch, daß nur Handlungen zum fortgesetzten Verbrechen zusammengefaßt werden könnten, die noch nicht den vollen Tatbestand des

---

[8] A. a. O. S. 89, 91, 110—112.

[9] Dagegen v. Buri, Einheit, S. 24; Dietz, G. S. 1860 S. 518; ebenda Kraushaar, S. 280; Höpfner, I S. 87; Schwarze selbst GA. VIII S. 440.

[10] S. 87, 105, 117.

[11] Dagegen Doerr, S. 52; v. Buri, Einheit, S. 93; Höpfner, I S. 92, 229.

[12] ZStrW. VIII S. 661 ff., 671.

[13] Theorie der Verbrechenskonkurrenz, 1893 S. 98 ff.; vgl. Höpfner, I S. 258; Doerr, S. 53.

[14] A. a. O. S. 43.

[15] Vgl. Merkel, S. 84.

[16] Abhandl. II S. 28 ff.; Entw. Art. 122, S. 598.

[17] v. Woringen, S. 25; Köstlin, S. 543.

[18] A. a. O. S. 540.

[19] Vgl. v. Woringen, S. 24.

[20] Ztschr. f. österr. Rechtsgelehrsamkeit, 1845 S. 32.

Verbrechens enthalten, womit er die Brauchbarkeit seiner Ansicht aufhebt[21]. Von der Auffassung, daß das fortgesetzte Verbrechen mehr als eine rechtsverletzende Tätigkeit in sich vereint, geht John aus und verlangt dementsprechend als Angriffsobjekt ein teilbares Recht und Einheit der Absicht, die die Einheit der Handlung bewirke[22]. Hierher sind auch Hälschner[23] und Berner[24] mit ihren späteren Arbeiten zu rechnen, insofern sie Einheit des verletzten Rechtsguts und Einheit der Absicht zum Begriff des fortgesetzten Verbrechens verlangen und damit zu den heute üblichen Formulierungen überleiten.

Abschließend ist festzustellen, daß die Entwicklung des fortgesetzten Verbrechens im 19. Jahrhundert gekennzeichnet ist durch die Bemühung, es als Handlungseinheit zu begründen. Durchweg verschließen sich die Autoren nicht der Erkenntnis, daß es sich dabei um mehrere Handlungen im natürlichen Sinne handelt, die für eine juristische Betrachtung zu einer Einheit zusammenrücken. Das fortgesetzte Delikt erscheint deshalb als juristische Handlungseinheit.

Es findet sich auch hier schon der Vorschlag, den Ausweg aus den theoretischen Schwierigkeiten in einer verständigeren Behandlung der Konkurrenz zu suchen[25].

b) Die Gesetzgebung und Rechtsprechung

Die Regelung des fortgesetzten Verbrechens innerhalb der Landesgesetzgebung des 19. Jahrhunderts ist, wie dies nicht anders sein kann, die „getreue Spiegelgestalt der in allen Punkten unsicheren Lehre"[26]. So folgen einige Gesetzbücher der Methode Bauers, indem sie unverbunden Anhaltspunkte für die Annahme des fortgesetzten Verbrechens zur Auswahl stellen[27]. Sachsen 1838, Art. 78 und Württemberg 1839, Art. 122 nennen das fortgesetzte Verbrechen, ohne es zu definieren. Die Reform des preußischen Strafrechts von 1794 führte zu einer Reihe von Entwürfen. In diesen findet sich das fortgesetzte Verbrechen zunächst nach der eklektischen Methode der anderen Gesetze geregelt, dann nur mehr ohne Begriffsbestimmung als Strafzumessungsgrund erwähnt, um endlich mit der Revision von 1843 ganz gestrichen zu werden. Der Richter sollte über das Vorliegen der Fortsetzung entscheiden. Das preußische Strafgesetzbuch von 1851 enthielt den Begriff nicht[28].

Die Rechtsprechung des Königlichen Obertribunals in Berlin zum fortgesetzten Verbrechen geht von einem subjektiven Merkmal aus. Maß-

---

[21] Krug, Über d. Konkurrenz, 1842; Zur Lehre vom fortges. Verbrechen, 1857, will Delikte, die im Verhältnis zum Mittel und Zweck stehen, wenn sie vom Täter bewußt als solche begangen werden, zum fortgesetzten Verbrechen zusammenfassen.

[22] Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen. Berlin 1860.

[23] Das gemeine deutsche Strafrecht, S. 662 ff.

[24] Lehrb. 18. Aufl. S. 306 ff.

[25] Schwarze, GA. VIII S. 440; Trefurt, NArch. 1838, S. 423 ff., 429; Dietz, S. 524.

[26] Vgl. Merkel, a. a. O. S. 106.

[27] Braunschweig, 1840, § 56; Hannover, 1840, Art. 106; Hessen, 1841, Art. 111; Thüringen, 1849, Art. 51; Baden, 1845, § 180.

[28] Goltdammer, Die Materialien zum StGB. f. d. preuß. Staaten, I S. 397 ff. Berlin 1851/52; zur Gesetzgebung überhaupt vgl. Merkel, S. 106 ff.; Berner, Grunds. §§ 114 ff.; Schwarze, S. 68 ff.; Doerr, S. 26, 71.

geblich soll danach sein die Einheit des verbrecherischen Entschlusses, die die mehreren strafbaren Handlungen als fortschreitende Ausführung einer Tat erscheinen läßt[20].

4. Die Fortentwicklung des fortgesetzten Verbrechens in Lehre und Rechtsprechung bis zur Nationalsozialistischen Revolution

In dem Reichsstrafgesetzbuch ist eine Begriffsbestimmung des fortgesetzten Verbrechens nicht enthalten. Weder in den Motiven noch bei der Beratung der gesetzgebenden Faktoren fand das fortgesetzte Delikt eine Erwähnung. Das Schweigen des Gesetzbuches wurde von den Gegnern des Begriffs als eine Bestätigung ihrer Ansicht aufgefaßt. Sie glaubten, daraus die Ablehnung des Begriffs entnehmen zu können[1]. Diese Gedankengänge erwiesen sich als verfehlt. Dem § 74, der von mehreren selbständigen Handlungen handelt, wurde für die Folgezeit die Anerkennung des fortgesetzten Delikts entnommen. Setzte er mehrere selbständige Handlungen voraus, so mußte es auch solche geben, die als unselbständige sich darstellten, infolgedessen nicht real konkurrierten, sondern als Einheit erschienen. Dementsprechend beschäftigt sich die Strafrechtswissenschaft weiterhin damit, diese Form der Handlungseinheit begrifflich zu bestimmen, und das fortgesetzte Delikt erscheint auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Dabei sprachen für die Anerkennung des fortgesetzten Verbrechens auch praktische Erwägungen. Man wollte es dem Gericht ersparen, bei einer größeren Anzahl von Fällen für jeden Einzelakt zunächst eine Strafe auswerfen zu müssen, um endlich doch eine Gesamtstrafe zu bilden. Der Vermeidung dieser „lästigen, überflüssigen und wunderlich anmutenden Arbeit" war das fortgesetzte Delikt zu dienen bestimmt[2]. Auch sollte die Annahme eines Fortsetzungszusammenhangs den Richter der mühsamen, ins einzelne gehenden Feststellung der Anzahl der dahingehörenden Einzelhandlungen überheben[3]. Daneben spielten wie bisher Erwägungen der Strafwürdigkeit eine Rolle. Das Asperationsprinzip des § 74 StGB. erschien für die Fälle der Fortsetzung manchen immer noch zu hart[4].

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum fortgesetzten Verbrechen geht davon aus, daß hier mehrere Handlungen im natürlichen Sinne zu

---

[20] GA. I S. 74, 238; III S. 670; Oppenhoff, Rspr. 17/596; 20/30; Schwarze, S. 73; v. Woringen, S. 37 Anm. 55; Merkel, S. 42 Anm. 34.

[1] Ortloff, GA. 24, 426; 32, 419; v. Buri, Einheit, S. 115; Lilienthal, Beiträge, S. 61; Oppenhoff, Komm. 1891, § 74 Anm. 3; Geyer, Grundriß, S. 184, 185. — Schon früher bekämpften den Begriff Sander a. a. O.; Schwarze, GA. a. a. O.; Dietz a. a. O.; Temme, Lehrb. 1876 S. 182f.

[2] RG. 70/244; Rumpf, II S. 318; Honig, S. 66; ähnlich v. Hippel, S. 536.

[3] v. Hippel, Bd. II § 39 II; Rumpf, Bd. II S. 318.

[4] Honig, S. 66 Anm. 18; S. 113 und Anm. 154, S. 137; und die bei v. Hippel, II S. 535 Anm. 3 Zitierten.

einer juristischen Einheit zusammengenommen werden[5] — RG. 59/169; 64/279; 72/214.

Für diese Zusammenfassung ist dem Reichsgericht in erster Linie der „einheitliche Vorsatz" maßgebliches Kriterium. Dieser muß im voraus auf die Begehung der mehreren sukzessiven Ausübungsakte als einer Straftat gerichtet sein. Die grundlegende, zur ständigen Rechtsprechung[6] gewordene Ausführung findet sich bereits in RG. 15/23: „Was das in Frage kommende Erfordernis der Einheitlichkeit des Vorsatzes anlangt, so ist dabei wohl zu unterscheiden zwischen einem ‚im voraus gefaßten Entschlusse' sukzessiv (zu im voraus in das Auge gefaßten Zeiten oder bei sich bietender Gelegenheit) mehrere selbständige Straftaten zu begehen, und dem Entschlusse, eine Straftat, wenngleich in fortgesetzter Ausführung dieses einen, alle künftigen Einzelakte umfassenden Beschlusses zu verüben."

Zu diesem subjektiven Erfordernis wird in objektiver Hinsicht Gleichartigkeit der Einzelakte verlangt.

Das erfordert zunächst Gleichheit des Rechtsguts, abstrakt aufgefaßt, so daß der Umstand, daß mehrere Personen geschädigt sind, der Fortsetzung nicht entgegensteht, es sei denn, daß das „gesunde Rechtsempfinden" — früher „ein höchstpersönliches Rechtsgut" RG. 66/222; 59/98; 53/275 — die Annahme eines fortgesetzten Verbrechens nicht zuläßt, wie bei Angriffen gegen Leib, Leben, Ehre oder Freiheit verschiedener Personen. — RG. 70/243; 72/175; 56/323; 57/140; 59/262; 67/169; 70/52; 71/38. Die Taten müssen gegen dasselbe Verbot verstoßen und in der Begehungsform gleichartig sein — RG. 57/140; 58/230; 61/201; 64/20, 279; 70/387. Das bedeutet grundsätzlich die Notwendigkeit der Erfüllung desselben gesetzlichen Tatbestandes — RG. 67/64. Gewisse Modifikationen, Erschwerungen oder Erleichterungen des Grundtatbestandes stehen jedoch der Annahme der Gleichartigkeit nicht im Wege — RG. 71/19 ff; DJ. 1937, 285. Schließlich soll eine gewisse Kontinuität der ganzen Einzelhandlungen in die Erscheinung treten — RG. 55/135; 58/20; DJ. 1936, 1498. Wegen der weiteren Entscheidungen sei auf die S. 15 Anm. 5 angezogene Literatur verwiesen.

Dem Reichsgericht folgen Lobe, Einf. § 25 S. 136 ff, Köhler, S. 540, Gerland, Strafrecht, 2. Aufl. S. 209, Doerr, S. 93 ff, Kohlrausch, StGB. 34. Aufl. S. 188 ff.

Die herrschende Meinung in der Strafrechtsliteratur lehnt den vom Reichsgericht in die Begriffsbestimmung des fortgesetzten Verbrechens aufgenommenen „einheitlichen Vorsatz" als lebensfremd und unpraktisch ab. „Sie gewinnt den Begriff der fortgesetzten Handlung an äußeren Merkmalen[7]."

Der mit der reichsgerichtlichen Definition gekennzeichnete Verbrechertyp des „dezidierten Bösewichts" wird von Rumpf[8] „als eine über-

[5] Loebe, Einf. § 25 S. 138 m. reicher Judikatur. — Zur Rspr. d. RG. über d. fortgesetzte Verbrechen Rumpf, II S. 227 ff.; Honig, S. 109 ff.; Frank, § 74 V, 2 c; Lobe, Einf. S. 138; Niederreuther, GS. 109/294.

[6] RG. 66/239; 70/52; 72/211; 316; RG. DJ. 1938, S. 1189, 1236, 1501, 1879, 2038.

[7] Mezger, S. 466 — a. a. O.: „Dieser rein objektive Standpunkt erscheint als der allein richtige"; im Grundriß 1938, S. 126, verweist er auf diese Ausführung im Lehrbuch.

[8] A. a. O., S. 254.

kühne, ganz unwirkliche Konstruktion" gekennzeichnet. Ebenso meint Mezger, daß dieser einheitliche Vorsatz meist eine Fiktion sei[9]. Eine unbefangene Betrachtung der vom Reichsgericht als fortgesetztes Verbrechen behandelten Fälle, so heißt es allgemein, lehre, daß in Wahrheit allenfalls der vom Reichsgericht abgelehnte „Entschluß" vorliege, nimmermehr aber der künstlich angenommene Vorsatz.

Diese verfehlte Definition sei auch Anlaß dafür, daß die Untergerichte in den dauernd gerügten „Fehler" verfielen, vom „einheitlichen Vorsatz" abzusehen und den Einheitsentschluß genügen zu lassen[10]. Wolle man den Begriff, den die Praxis dringend brauche, nicht entwerten, so dürfe man ihn nicht auf Fälle zuschneiden, die nur ganz ausnahmsweise vorkämen[11].

Vor allem aber führe die tatsächliche Anerkennung des fortgesetzten Verbrechens zu einer grundsätzlich milderen Bestrafung, als sie bei Annahme mehrerer selbständiger Handlungen im Sinne des § 74 StGB. am Platze wäre. Wäre der Täter ein solcher Bösewicht, wie ihn das Reichsgericht zeichnet, dann wäre kein Grund zur Milde, sondern zur Strenge gegeben[12]. „Gerade das immer wieder neu der Verführung Unterliegen" entspreche demgegenüber dem Gedanken des fortgesetzten Delikts.

Die moderne Strafrechtswissenschaft vermeidet bei ihrer objektiven Begriffsbestimmung den früher beobachteten Fehler, sich nur auf ein Merkmal zu beschränken. Der „indizierenden Bedeutung der Gesamtsituation"[13] wird Rechnung getragen, indem man dem vernünftigen Ermessen des Richters im Einzelfall die gebührende Berücksichtigung zuteil werden läßt[14]. Verlangt wird die Gleichartigkeit der Begehung, die Einheitlichkeit des angegriffenen Rechtsguts, was bei Delikten gegen die Person deren Identität zur Voraussetzung hat, der zeitliche Zusammenhang der einzelnen Tätigkeitsakte, die Erfüllung des gleichen Delikts-Grundtatbestandes[15], wozu die Ausnutzung desselben dauernden Verhältnisses oder derselben Gelegenheit als weiteres Kriterium hinzukommt[16]. In diesem Grundschema findet sich Übereinstimmung trotz gewisser Abweichung im einzelnen.

Subjektiv wird lediglich Gleichartigkeit der Schuld gefordert und dementsprechend auch das fortgesetzte Fahrlässigkeitsdelikt anerkannt[17].

Allen, einschließlich des Reichsgerichts und der ihm folgenden Autoren, ist die Auffassung des fortgesetzten Verbrechens als einer juristischen Handlungseinheit gemeinsam. Es handelt sich danach um mehrere zeitlich-räumlich getrennte, nach Handlung und Erfolg im natürlichen Sinne selbständige Handlungen, die aber aus juristischen Gründen

---

[9] A. a. O. S. 466, desgl. v. Hippel, II S. 542 und Allfeld, S. 234 Anm. 8.

[10] Rumpf, S. 256; v. Hippel, S. 542 Anm. 3; vgl. auch Schäfer, DJ. 1938, S. 666, der das für die jüngste Zeit nachweist.

[11] v. Hippel, S. 542 mit weiterer Literatur.

[12] Mezger, S. 467; Honig, S. 118; Rumpf, S. 257; v. Hippel, S. 543; früher schon v. Woringen, S. 37 Anm. 55.

[13] Honig, S. 109.

[14] Mezger, S. 467; v. Hippel, S. 541.

[15] Mezger, S. 466; v. Hippel, II S. 541; Liszt-Schmidt, S. 352; Allfeld, S. 234.

[16] Honig, S. 138; Frank, § 74 V 2 c ß, der aber diesem Merkmale eine gewisse Selbständigkeit gibt.

[17] v. Hippel, S. 543 Anm. 6; Allfeld, S. 235.

zur Einheit zusammengefaßt werden[18]. Allein steht Lobe[19] mit seiner Ansicht, daß beim fortgesetzten Verbrechen „eine in der Wirklichkeit tatsächlich vorhandene Einheit, die das Abbild einer natürlichen Handlungseinheit gibt", gegeben sei.

So stellte sich die Situation bis zum Umbruch der Strafrechtswissenschaft durch die nationalsozialistische Revolution dar. Bevor ich auf diese jüngste Entwicklung eingehe, sei kurz die Behandlung des fortgesetzten Verbrechens bei den Reformarbeiten am Reichsstrafgesetzbuch aufgezeigt.

Der Entwurf von 1909 verzichtet auf eine Regelung. In der Begründung zum Allgemeinen Teil, S. 388 ff, wird die Frage, ob und wann mehrere Handlungen als eine Einheit bestraft werden können, als im wesentlichen tatsächlicher Natur bezeichnet. Die schlechten Erfahrungen früherer deutscher Gesetzgebungen mit einer positiven Regelung dieser Frage ließen es ratsam erscheinen, für das Reichsstrafgesetzbuch von einer solchen abzusehen.

Auch der Gegenentwurf von 1911 bringt aus den gleichen Gründen keine positive Vorschrift[20]. Dagegen findet sich in dem Entwurf von 1913 sowie in dem von 1919 eine gesetzliche Anerkennung des fortgesetzten Delikts folgenden Wortlauts: Bilden mehrere Taten einer Person eine fortgesetzte Straftat, so ist die Strafe unter Berücksichtigung des Umfangs der strafbaren Tätigkeit zu bemessen. — E 1913 § 44; E 1919 § 37. Die dazu veröffentlichte Denkschrift geht davon aus, daß sich in Rechtsprechung und Wissenschaft (letzteres trifft nicht zu, wie gezeigt wurde[21]) die Auffassung durchgesetzt habe, daß gleichartige Handlungen, deren jede für sich einen strafbaren Tatbestand verwirklicht, wenn sie von einem einheitlichen Vorsatz umfaßt werden, wegen dieses inneren Zusammenhanges unter bestimmten Voraussetzungen rechtlich als eine einheitliche Handlung zu behandeln sind. Dieser Auffassung sollte die Regelung in den Entwürfen Ausdruck geben.

Die folgenden weiteren Entwürfe, und zwar der Amtliche Entwurf von 1925, sowie die Entwürfe von 1927 und 1930 erwähnen das fortgesetzte Delikt nicht.

5. Das fortgesetzte Verbrechen im Rahmen der nationalsozialistischen Strafrechtserneuerung

Der nationalsozialistische Sieg führte zur Wiederaufnahme der Reformarbeit am Strafgesetzbuch. Als erste programmatische Schrift wurde im Herbst 1933 die Denkschrift des preußischen Justizministers: „Nationalsozialistisches Strafrecht" veröffentlicht. Unter dem Titel „Grundsätze der Bestrafung" behandelt sie die fortgesetzte Straftat[1]. Die Denkschrift wendet sich gegen das Reichsgericht unter Hinweis darauf, daß die Konsequenz der reichsgerichtlichen Auffassung des fortgesetzten Delikts die ist, daß gerade der Verbrecher, der von vornherein den Gesamterfolg ins

[18] v. Hippel, S. 534 mit Verweisung in Anm. 3.

[19] Einf. S. 138; neuerdings — 1938 — auch Kohlrausch, StGB. S. 188; vgl. jedoch S. 22 Anm. 4 d. Arbeit.

[20] A. a. O., S. 138.

[21] Die Wissenschaft vertritt überwiegend eine rein objektive Begriffsbestimmung. Nur subjektiv sind nur sehr wenige — vgl. die bei v. Hippel, II S. 541 Anm. 1 Zitierten; ebenso wenige vertreten die subj.-obj. Auffassung des Entwurfs. Vgl. S. 15.

[1] A. a. O. S. 123.

Auge gefaßt, mithin einen besonders starken verbrecherischen Willen betätigt hat, milder wegkommt als der, der sich nach und nach zur Wiederholung des Delikts entschließt. Denn nach geltendem Recht wird ersterer nur mit einer Strafe, letzterer nach Bildung von Einzelstrafen mit einer Gesamtstrafe belegt. Die Denkschrift bringt deshalb eine objektive Wendung der Begriffsbestimmung in Vorschlag: „Eine fortgesetzte strafbare Handlung liegt vor, wenn der Täter aus derselben Lebenslage heraus oder unter Ausnutzung gleicher Gelegenheit oder auf Grund eines von vornherein gefaßten Vorsatzes dasselbe Rechtsgut wiederholt verletzt. In diesen Fällen ist nur eine Strafe festzusetzen."

Hier ist eine Kompromißlösung versucht, die einerseits der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts Rechnung tragen will, andererseits aber auch die objektiv gerichtete Strafrechtsliteratur berücksichtigt. Doch erinnert sie in dieser Form bedenklich an die verfehlten Versuche der Landesgesetzgebung des 19. Jahrhunderts. Sie beschränkt sich auf die zusammenhanglose Aufstellung dreier Einzelmerkmale, während der Fortschritt der modernen Wissenschaft gerade in der organischen Verbindung verschiedener Merkmale lag.

Der Denkschrift folgen zeitlich die Arbeiten der amtlichen Strafrechtskommission[2]. Der Bericht Gürtners über die erste Lesung 1933/34 erwähnt das fortgesetzte Verbrechen nicht. Die zweite Lesung im Jahre 1935 bis Januar 1936 dagegen behandelt das fortgesetzte Verbrechen eingehend[3].

Die Begriffsbestimmung lautet: „Die wiederholte Verwirklichung ein und desselben Tatbestandes bildet nur eine Straftat im Sinne des Strafgesetzes, wenn sie aus einem einheitlichen Entschluß heraus geschieht."

Dazu führt Grau folgendes aus: Die Abgrenzung dieser Handlungseinheit von der Tatmehrheit sei schwierig. Klarheit könne nur eine positive Gesetzesbestimmung bringen. Für ein Willensstrafrecht komme dabei lediglich eine subjektive Abgrenzung in Frage.

Die gewählte Formulierung entspricht der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts mit der Maßgabe, daß an Stelle des „einheitlichen Vorsatzes" der „einheitliche Entschluß" getreten ist. Jedoch wird mit dieser Abweichung ein sachlicher Unterschied gegenüber dem „einheitlichen Vorsatz" des Reichsgerichts offenbar nicht beabsichtigt, wie den weiteren Ausführungen a. a. O. zu entnehmen ist.

Es heißt dort, daß Fälle des so verstandenen fortgesetzten Delikts nicht häufig vorkämen. Die Praxis habe dagegen häufig dazu geneigt, mehrere selbständige Entschlüsse des Täters einem einheitlichen Entschlusse gleichzustellen. Das sei nicht zulässig. So kommt Grau a. a. O. zu der Feststellung: „Die Rechtsprechung muß dahin erzogen werden, daß die wirklichen Fälle der fortgesetzten Handlung verhältnismäßig selten vorkommen und daß nur für diese Fälle das Privileg der Bestrafung wegen einer einzigen Tat vom Gesetzgeber gewollt ist."

Im Rahmen eines Willensstrafrechts mutet das paradox an. Dieses Privileg würde gerade dem planmäßig handelnden „dezidierten Bösewicht" zugute kommen, der doch besonders gefährlich und strafwürdig

[2] Vgl. darüber bei Kohlrausch, StGB. 1938, Einl. S. 4.
[3] Grau bei Gürtner, S. 240.

ist. Um so merkwürdiger berührt es, wenn Grau dann fortfährt, daß eine besondere Strafbemessungsvorschrift für das fortgesetzte Delikt nicht geplant sei, weil für sie bei der gewollten beschränkten Anwendung des Begriffs kein Bedürfnis bestehe, insbesondere angesichts des Umstandes, daß für die Einzeltatbestände weite Strafrahmen vorgesehen seien.

Im übrigen sollte jede Verwirklichung des Tatbestandes als eine Tat im Sinne der Vorschriften über den gefährlichen Gewohnheitsverbrecher gelten.

Diese Entwurf fand eine nochmalige Überprüfung durch eine Unterkommission. Das Ergebnis war beim fortgesetzten Verbrechen die Zulassung der Straferhöhung. Danach darf bei einer fortgesetzten Handlung die Strafe bis auf das Doppelte des für das einfache Delikt angedrohten Höchstmaßes erhöht werden. Jedoch darf eine zeitige Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe 15 Jahre nicht übersteigen.

Die Begründung hierzu geht davon aus, daß die fortgesetzte Handlung durch die gewählte Formulierung als besonders gefährlich gekennzeichnet worden sei. Deshalb sei es auch notwendig gewesen, dem Richter die Erhöhung der Strafe über das gewöhnliche Strafmaß hinaus zu ermöglichen.

Die Stellungnahme der Strafrechtsliteratur zum fortgesetzten Verbrechen ist auch in diesem letzten Abschnitt der Entwicklung durch die Ablehnung der subjektiven Begriffsbestimmung des Reichsgerichts und der Entwürfe gekennzeichnet[4].

Bei Diller[5] und Niederreuther[6] findet sich eine eingehende Auseinandersetzung mit den Ausführungen Graus[7] über das fortgesetzte Verbrechen. Beide kommen im Gegensatz zu ihm zu dem Ergebnis, daß es verfehlt sei, „einen Fortsetzungszusammenhang ausschließlich in den Fällen vorliegenden Gesamtvorsatzes, zudem noch in dem engen Sinne der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, anzunehmen“[8]. Vielmehr meint Niederreuther[9], daß es auch nach objektiven Gesichtspunkten möglich sei, einen „inneren Zusammenhang“ der Einzelhandlungen festzustellen, während Diller für eine rein objektive Begriffsbestimmung des fortgesetzten Delikts eintritt[10].

Den Ausgangspunkt für diese Entscheidung bildet für sie eine unbefangene Betrachtung der „wirklichen Fälle der fortgesetzten Handlung“[11]. Will man ihnen nicht Gewalt antun und mit Unterstellungen arbeiten, dann darf man sich nach Ansicht dieser Autoren auch nicht auf eine Begriffsbestimmung versteifen, die den „Gesamtvorsatz“ zum unbedingten Wesensmerkmal macht. Nur ein — auch (Niederreuther) — objektiver Beurteilungsmaßstab, der es auf den zeitlichen, örtlichen

---

[4] Mezger, ZAkadDR. 1936, S. 929; Grundriß, 1938 S. 126.
[5] ZStrW. 56, S. 361 ff.
[6] GS. 109, 289 ff.
[7] Gürtner, Ber. S. 240.
[8] Niederreuther, S. 350; vgl. Diller, S. 371.
[9] A. a. O. S. 352, 348 — innerer (nicht bloß äußerlicher) Zusammenhang erforderlich. Vgl. S. 350.
[10] A. a. O. S. 371.
[11] Grau, a. a. O. S. 240.

und situationsmäßigen Zusammenhang abstelle, ermögliche die Erfassung aller dahingehörenden Fälle[12].

Dazu betont Diller, daß dem Gedanken eines Willensstrafrechts zum Durchbruch zu verhelfen keineswegs bedeute, die Begriffsbestimmung auf ein rein subjektives Merkmal abzustimmen. Dem Willensstrafrecht komme es zwar auf die subjektive Einstellung des Täters an. Diese gehe aber aus den objektiven Gegebenheiten des festgestellten Sachverhalts hervor, insofern man von ihnen auf den Willen schließe. Wenn daher der Fortsetzungszusammenhang nach objektiven Merkmalen ausgerichtet und bestimmt werde, so verstoße das nicht gegen den Geist des Willensstrafrechts.

Aus diesen und den weiteren Ausführungen a. a. O. erhellt, daß die Auffassung des fortgesetzten Verbrechens für die Zukunft als einer „kriminalistischen Sondererscheinung“[13] mit beschränktem Anwendungsbereich abgelehnt wird.

Grund für die Annahme der Tateinheit beim fortgesetzten Verbrechen soll einmal sein, daß hier das natürliche Rechtsempfinden nach Zusammenfassung von Zusammengehörigem verlange[14]. Sodann spielen Erwägungen der S. 14 erwähnten Art, nämlich solche prozessualer Zweckmäßigkeit eine wichtige Rolle[15], insofern Einzelbetätigungen, wenn sie nicht feststellbar seien, nicht unbedingt festgestellt zu werden brauchten, die Auswerfung von Einzelstrafen sich erübrige usw.

Zu dieser praktisch gerichteten Auffassung des Begriffs gesellt sich die Erkenntnis, daß die bisher erfaßten Fälle eine sehr unterschiedliche Strafwürdigkeit aufweisen. Die Fortsetzung gleichartiger Handlungen kann relativ entschuldbar, aber auch besonders verwerflich sein. Man denke etwa an den Täter, der trotz guter Vorsätze immer wieder schwach wird und andererseits an den planmäßig handelnden Strolch[16]. Niederreuther[17] führt in diesem Zusammenhang aus, daß ebenso wie die bisher oft vertretene Auffassung abgelehnt werden müsse, daß nämlich die fortgesetzte Handlung mildere Bestrafung erfordere, es ebenso verfehlt sei, im Rahmen eines Willensstrafrechts ins Gegenteil zu verfallen und zu behaupten, daß die fortgesetzte Handlung nun grundsätzlich einen Strafschärfungsgrund darstelle. Das könne und werde öfters der Fall sein, brauche aber keineswegs regelmäßig zuzutreffen.

Zu bemerken bleibt, daß Dillers gesamte Ausführungen voraussetzen, daß das kommende Recht das fortgesetzte Verbrechen anerkennt. Er selbst glaubt bei der Gleichstellung von Tateinheit und -mehrheit de lege ferenda auf den besonderen Begriff des fortgesetzten Verbrechens verzichten zu können[18]. Während der Entwurf das fortgesetzte Verbrechen in einigen Beziehungen, so z. B. hinsichtlich des jetzigen § 20a StGB. der Tatmehrheit gleichstellen will, empfiehlt Diller, das fortgesetzte Ver-

---

[12] Diller, S. 363, 371, 373; Niederreuther, S. 350.
[13] Diller, S. 370.
[14] Niederreuther, S. 342; Diller, S. 363.
[15] Niederreuther, S. 342, 346, 350; Diller, S. 363 und Anm. 5.
[16] Diller, S. 372 und 373; Niederreuther, S. 333.
[17] S. 334.
[18] Diller, S. 374.

brechen der Tatmehrheit in jeder Hinsicht gleich zu behandeln[19]. Nur so ließen sich prozessual annehmbare Ergebnisse erzielen.

Das Reichsgericht hält auch in seinen neuesten Entscheidungen an der bisherigen Behandlung der fortgesetzten Straftat und ihrer begrifflichen Festlegung weiterhin ausdrücklich fest[20]. Geschwankt hat das Reichsgericht lediglich in der Bestimmung des Rechtsguts beim § 175 StGB. Dabei war nicht das Begriffsmerkmal des Rechtsguts als solches fraglich, sondern lediglich seine Ausdeutung bei diesem Delikt[21]. Von einer Darstellung der dabei behandelten Fragen soll angesichts der eingehenden Ausführungen Niederreuthers[22] hierzu abgesehen werden.

In diesem Zusammenhang mag auch bemerkt werden, daß das Begriffsmerkmal des einheitlichen Rechtsguts beim fortgesetzten Delikt durch den Methodenstreit der Kieler und Marburger Schule nicht berührt wird. Der Gedanke des Rechtsguts wird von Dahm und Schaffstein neuerdings keinesweg mehr „in Bausch und Bogen verworfen“[23], vielmehr der gesamte Fragenkomplex lediglich als eine Akzentverlagerung auf den Gedanken der Pflichtverletzung aufgefaßt[24].

6. Die Stellungnahme der Arbeit zum fortgesetzten Delikt

Bevor ich auf die prozessuale Behandlung des fortgesetzten Verbrechens in der Rechtsprechung des Reichsgerichts eingehe und diese kritisch würdige, seien die wesentlichen Gesichtspunkte zusammengefaßt, die dabei leitend sein sollen.

Für das geltende Recht ist davon auszugehen, daß der Begriff des fortgesetzten Verbrechens einem „kriminalpolitischen Bedürfnis“[1] entspricht. Das zeigt sich, wenn der Täter nicht einige wenige, leicht trennbare Einzeldelikte begeht, sondern aus einer für die Begehung von strafbaren Handlungen günstigen Situation heraus zahlreiche zusammenhängende Straftaten setzt. Eine gerechte, natürlichem Rechtsempfinden entsprechende Beurteilung dieser Handlungen erfordert, daß sie mit Rücksicht auf den Zusammenhang „als ein Verbrechensfall behandelt und abgeurteilt werden“[2].

Weiterhin ist das fortgesetzte Verbrechen auch aus Gründen der Billigkeit gerechtfertigt. Die Mehrzahl dieser Fälle hat nicht den deliktischen Unwert real konkurrierender Delikte. Es wäre unbillig, sie nach dem Asperationsprinzip des § 74 StGB. zu behandeln. Außerdem ist der Begriff aus prozessualer Zweckmäßigkeit anzuerkennen. Einmal erlaubt er es, Einsatzstrafen da zu vermeiden, wo ihre Auswerfung „lästig und überflüssig“ anmutet. Sodann bietet er die Möglichkeit, eine zusammenhän-

---

[19] Diller, S. 375; Schwarze, GA. VIII, S. 354. — Im übrigen hält Diller diese Gleichstellung schon de lege lata für die einzig wahre Lösung aller Fragen.

[20] RG. 67/64; 68/161; 70/51; 71/19, 34; 72/214.

[21] Hierzu RG. 70/145; 70/243; 70/282.

[22] A. a. O. S. 316 ff.

[23] Dahm, ZStrW. 57, S. 235.

[24] Schaffstein, Das Verbrechen als Pflichtwidrigkeit, in: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935 S. 108 ff., 124.

[1] Diller, S. 363.

[2] Diller, S. 363; Niederreuther, S. 342.

gende Angelegenheit in eins zu erledigen, was sich bei der Lehre vom Prozeßgegenstand und der Rechtskraft im einzelnen zeigen wird.

Daß die „wahren Fälle" des fortgesetzten Verbrechens sich nicht nur auf die beschränken, die einem „einheitlichen Vorsatz" entspringen, dürfte nach den Untersuchungen der Wissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts nicht mehr bestritten werden. Eine praktikable Begriffsbestimmung kann demnach nur unter Einbeziehung objektiver Momente erfolgen.

Doch spielt in diesem Zusammenhang eine noch größere Rolle die Besinnung auf das Wesen des fortgesetzten Delikts. Es handelt sich um eine Zusammenfassung einer Reihe von Einzelhandlungen, wobei in jeder der volle gesetzliche Tatbestand der Straftat in die Erscheinung tritt, zu einer Handlung im strafrechtlichen Sinne. Im Gegensatz zur „natürlichen" spricht man hier von einer „rechtlichen Handlungseinheit".

Die Auffassung des fortgesetzten Verbrechens als einer juristischen Konstruktion findet sich, wie in der Rechtsprechung des Reichsgerichts[3], fast allgemein in der Strafrechtsliteratur[4]. (Vgl. S. 15, 16.)

Diese besondere Sachlage beim fortgesetzten Verbrechen wird durch die Bezeichnung „juristische Handlungseinheit treffend gekennzeichnet"[5], Darin liegt der Hinweis auf die zu dieser Einheit zusammengefaßte Mehrheit der Einzelhandlungen. Nur die Beachtung dieser Besonderheit der Fortsetzungstat ermöglicht es, ungerechte Ergebnisse bei der Anwendung des Begriffes zu vermeiden.

Deshalb erscheint die Tendenz des Reichsgerichts, das fortgesetzte Delikt als rechtliche Handlungseinheit der natürlichen einheitlichen Handlung gleichzustellen, als überspannt und gefährlich. So insbesondere die These[6], „daß da, wo eine Mehrheit von Handlungen zu einer juristischen Einheit zusammengefaßt wird, diese Einheit als solche in allen juristischen Beziehungen zu behandeln ist". Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß das fortgesetzte Verbrechen früher, wie der geschichtliche Überblick zeigt, als ein Fall der Realkonkurrenz behandelt wurde. Als Verdienst des 19. Jahrhunderts ist es gewertet worden, das fortgesetzte Verbrechen als „Einheit" erkannt zu haben. Diese grundsätzlich richtige Feststellung darf aber nicht überspannt, nicht schematisch ausgedeutet werden, soll nicht ein Formalismus bedenklichster Art über die Gerechtigkeit triumphieren.

Vielmehr muß da, wo es um der Gerechtigkeit willen nottut, aus der Besinnung auf die zugrundeliegende natürliche Handlungsmehrheit heraus, die juristische Einheit des fortgesetzten Delikts aufgelockert werden.

---

[3] RG. 9/346; 50/244; 57/163; 68/298; 71/40; 72/214; bei Lobe, Einf. S. 138 zit. Entscheidungen.

[4] Vgl. bei Lobe, die in Einf. S. 138 Zitierten und bei v. Hippel II, S. 533; abweichend Lobe, a. a. O. und Kohlrausch, StGB. 34. Aufl. Vorbem. II B 1 vor § 73 S. 188; über die engere Auffassung Lobes geht Kohlrausch hinaus. Auch er sieht in der Fortsetzungstat eine Zusammenfassung mehrerer Einzelhandlungen und damit etwas von der „natürlichen Handlungseinheit" im engeren Sinne — a. a. O. S. 187 — Verschiedenes. Diese Ansicht steht mithin den Folgerungen der Arbeit aus dem Wesen des fortgesetzten Delikts nicht entgegen. Argument: a. a. O. S. 190 Anm. c (a. E.).

[5] v. Hippel, II S. 533.

[6] RG. 9/349.

In gewissem Umfange ist das Reichsgericht selbst beispielhaft für dieses Vorgehen. Es verfährt nicht anders, wenn es etwa bei der Teilnahme am fortgesetzten Delikt dem Teilnehmer nur die Teilakte zurechnet, an denen er teilnahm[7]. Eine „in allen Konsequenzen" durchgeführte Einheit müßte doch wohl zu anderen Ergebnissen führen.

Das gleiche ist zu beobachten, wenn das Reichsgericht den Fortsetzungszusammenhang nicht über das rechtskräftige Urteil hinausreichen läßt[8]. Die Konsequenz der in jeder Hinsicht durchgeführten Einheit wäre doch wohl die, daß man alle zum fortgesetzten Delikt gehörigen Akte als Bestandteile einer „Tat" im Sinne des § 264 StPO. für rechtskräftig erledigt hält, also auch die nach dem Urteil begangenen, soweit sie zu dem fortgesetzten Delikt gehören.

In beiden vorgenannten Fällen kommt das Reichsgericht zu gerechten Ergebnissen, indem es die dem fortgesetzten Delikt in Wahrheit zugrundeliegende natürliche Handlungsmehrheit berücksichtigt. Daraus erhellt, daß die „Einheit" des fortgesetzten Delikts mit Vorsicht zu behandeln ist. Der Begriff verdankt seine Anerkennung Erwägungen der Gerechtigkeit und der prozessualen Praktikabilität. Er verliert seine innere Berechtigung, sobald er in seinen Konsequenzen diesen Gedanken nicht mehr gerecht wird.

Dieser Grundgedanke soll Leitmotiv für die kritische Darstellung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung sein, in der — abgesehen von den eben genannten Fällen — diese grundsätzlichen Überlegungen zu vermissen sind. Es wird also im folgenden festzustellen sein, wo und wann unter dem Gesichtspunkt der materiellen Gerechtigkeit oder der prozessualen Zweckmäßigkeit oder sonstiger höherer Belange die Auflockerung der „Einheit" des fortgesetzten Delikts notwendig wird.

De lege ferenda dürfte der Begriff nicht an Bedeutung verlieren. Es könnte zwar so scheinen, als ob die Einführung der Einheitsstrafe eine Unterscheidung der Konkurrenzarten und des fortgesetzten Verbrechens erübrige. Doch dem ist nicht so. Aus der Erkenntnis, daß allein der Wegfall der Einsatzstrafen grundsatzbedingt ist, sollen nach dem Willen der amtlichen Strafrechtskommission auch die prozessualen Folgen der Einheitsstrafe ausschließlich auf den künftigen Wegfall der Einzelstrafen beschränkt bleiben[9]. Die verschiedene Behandlung der Konkurrenzarten im Prozeß scheint demnach beibehalten werden zu sollen. Dann ist das fortgesetzte Verbrechen weiterhin als Handlungseinheit von den Konkurrenzen zu unterscheiden. Und dieser Verschiedenheit ist auch künftig im Prozeß Rechnung zu tragen.

Der Begriff des fortgesetzten Verbrechens wird demnach de lege ferenda nicht der Vermeidung von Unbilligkeiten dienen, die aus dem Asperationsprinzip erwachsen können, vielmehr wird sein Zweck wesentlich darin bestehen, zusammengehörige Lebensvorgänge prozessual in eins zu erledigen und den Täter dementsprechend materiell gerecht zu würdigen.

---

[7] RG. 56/327; 57/82.

[8] Aufschlußreich RG. 42/372; 49/353; zum Verbot der reformatio in peius nach a. F. der StPO.

[9] Gürtner, Ber. S. 241 ff.

Vor allem dürfte das fortgesetzte Verbrechen de lege ferenda nicht zuletzt als eine kriminalistische Wahrheit gewertet werden. In diesem Sinne wird sich der Fortsetzungszusammenhang als eine eigenartige Erscheinung der Straftat darstellen. Von dieser Auffassung geht offensichtlich der Entwurf — Gürtner, 2. Aufl. S. 240 — aus. Es bleibt nur zu wünschen, daß diese Auffassung zu einer Begriffsbestimmung führt, die alle „wahren" Fälle des Fortsetzungszusammenhanges und andererseits nur diese umfaßt und damit einen brauchbaren Arbeitsbegriff an die Hand gibt, im Gegensatz zu der bis jetzt vorgeschlagenen, die die Gefahr in sich birgt, das fortgesetzte Delikt für die Zukunft zu einer beschränkten „kriminalistischen Ausnahme" zu stempeln.

III. Die prozessuale Behandlung des fortgesetzten Verbrechens

1. Die Zuständigkeit der Gerichte

a) Die örtliche Zuständigkeit; insbesondere für im Ausland begangene Teilakte

Die örtliche Zuständigkeit der Gerichte wird von den §§ 7—21 StPO. geregelt. In erster Linie kommt hier § 7 StPO. in Betracht, der bestimmt, daß der Gerichtsstand bei dem Gericht begründet ist, in dessen Bezirk die strafbare Handlung „begangen" ist.

Für das fortgesetzte Verbrechen wird aus seiner Eigenschaft als juristische Handlungseinheit gefolgert, daß es — und zwar in seiner Gesamtheit — überall dort begangen ist, wo eine einzelne der die juristische Einheit bildenden Handlungen vorgenommen wurde[1]. Die juristische Handlungseinheit soll in dieser Hinsicht wie eine einheitliche Handlung behandelt werden[2].

Es folgt daraus, daß gemäß § 7 StPO. örtlich jedes Gericht zuständig ist, in dem ein Teilakt des fortgesetzten Verbrechens begangen wurde[3].

Diese Folgerung aus der Einheit des fortgesetzten Delikts ist nicht zu beanstanden. Zu genau demselben Ergebnis kommen die, die aus praktischen Erwägungen das fortgesetzte Verbrechen hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit in seine Bestandteile auflösen zu müssen glauben. Sie gehen davon aus, daß für jede einzelne Handlung Gerichtsstand das Gericht ihres Begehungsortes ist. Gleichzeitig soll aber der so begründete Gerichtsstand der begangenen Tat gemäß § 13 StPO. Gerichtsstand des Zusammenhangs für die sämtlichen weiteren Handlungen sein[4].

[1] Liszt—Schmidt, S. 351; Olshausen, § 3 Anm. 4; Leipz. Komm., § 3 Anm. 12, S. 147; Löwe—Rosenberg, § 7 S. 84; Doerr, S. 185 mit Lit.

[2] RG. 48/60; 50/425; 57/144; 71/288; DJ. 1937 S. 1004; vgl. auch RG. 67/138; reiche Judikatur bei Lobe, Einf. § 25c S. 145.

[3] Über diejenigen, die auf die letzte Einzelhandlung das entscheidende Gewicht legen, vgl. Doerr, S. 185 Anm. 5 und Kitzinger, S. 240 Anm. 1.

[4] Kitzinger, S. 244; Höpfner, II S. 242.

Soweit es sich um die örtliche Zuständigkeit im Inland handelt, entstehen demnach keine wesentlichen Schwierigkeiten. Diese setzen aber sofort ein, wenn ein fortgesetztes Delikt vorliegt, das zum Teil im Ausland begangen wurde. Sind die deutschen Gerichte auch für die im Ausland begangenen Teilhandlungen zuständig und bejahendenfalls unter welchen Voraussetzungen?

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts geht auch in dieser Hinsicht von dem Grundsatz aus, daß eine fortgesetzte Handlung als rechtlich unteilbare Gesamtheit von Einzelbetätigungen überall dort begangen wird, wo eine Einzelbetätigung erfolgt. Daraus folgert das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung, daß die fortgesetzte Handlung, wenn sie auch nur zum Teil im Inland verübt wurde, wegen dieser Einheitlichkeit und Untrennbarkeit sich ihrem ganzen Umfang nach als eine im Gebiet des Deutschen Reichs begangene Handlung darstellt[5].

Daraus folgert das Reichsgericht weiter, daß für die Bestrafung nicht unterschieden zu werden braucht, an welchen Orten die einzelnen Teile einer fortgesetzten Handlung ausgeführt worden sind, um danach für die im Ausland begangenen festzustellen, inwieweit sie nach § 4 StGB. im Inland verfolgbar sind. Vielmehr ist die fortgesetzte Handlung in ihrem ganzen Umfang als eine im Gebiet des Deutschen Reichs begangene Straftat gemäß § 3 StGB. anzusehen und dementsprechend nach deutschem Recht zu bestrafen.

Diese Ansicht des Reichsgerichts findet sich auch im Schrifttum vertreten[6].

Wir werden diese Rechtsprechung daraufhin prüfen müssen, ob sie den Grundgedanken, denen das fortgesetzte Verbrechen seine Anerkennung verdankt, nämlich der Idee der prozessualen Zweckmäßigkeit einerseits und der Gerechtigkeit andererseits gerecht wird, und deshalb anerkannt werden kann[7]. Dabei stellen wir gleich von vornherein fest, daß diese Rechtsprechung keineswegs unwidersprochen geblieben ist[8].

Von der Auffassung des fortgesetzten Verbrechens als einer juristischen Handlungseinheit[9] aus wird es für uns erstmalig problematisch, ob die Einbeziehung ausländischer Einzelbetätigungen in das fortgesetzte Verbrechen nicht nur eine formale Konsequenz der „in jeder Beziehung als solcher zu behandelnden" Einheit des fortgesetzten Verbrechens darstellt, die für uns kein genügendes Argument wäre. Nach dem Voraufgegangenen sind wir nur dann in der Lage, das fortgesetzte Verbrechen auch in dieser Hinsicht als Handlungseinheit zu behandeln, wenn das für eine wirksame Strafrechtspflege zweckmäßig ist.

---

[5] RG. 39/263; 49/425, 426; 50/425; 71/288; DJ. 1937 1004; JW. 1931, S. 250.

[6] Leipz. Komm., § 3 Anm. 12; Gerland, JW. 1933 S. 988; Binding, Handb. I S. 419; Lobe, Einf. § 25 c S. 145.

[7] Hierzu werden die Ausführungen v. Webers: ZStrW. 1938 S. 490 ff. zugrundegelegt.

[8] Vgl. Kitzinger, S. 233, bes. S. 243; Höpfner, II S. 242; Beling, Lehre v. Verbrechen, 1906 S. 357, 386; Ehrhardt, S. 17; Neuestens v. Weber, ZStrW. 1938, S. 490 ff. — Auch Doerr, S. 188 gehört hierher, den v. Weber als einen Vertreter gegenteiliger Ansicht zitiert.

[9] Für diejenigen, die das fortgesetzte Delikt als natürliche Handlungseinheit ansehen, ist die Frage einfach damit beantwortet, daß sie das f. V. genau wie eine natürlichen Handlungseinheit behandeln. Vgl. v. Weber, a. a. O. S. 490.

Für die Beantwortung dieser Frage empfiehlt es sich, zwischen Delikten zu unterscheiden:

a) die nur in Deutschland strafbar sind;
b) die auch im Ausland strafbar sind;
c) die von Ausländern,
d) die von Inländern begangen wurden.

ad a): Das Reichsgericht hat in RG. 50/425 und DJ. 1937, 1004 ausländische Teilakte, die mit den im Inland begangenen ein fortgesetztes Verbrechen bildeten, zum Gegenstand der Aburteilung gemacht, obgleich eine Strafbarkeit im Ausland nicht bestand. § 4 StGB. steht der Verfolgung solcher Akte im Wege, wenn nicht eine der Ausnahmen zu Ziff. 1—3 gegeben ist. In beiden dem Reichsgericht vorliegenden Fällen war das Strafbedürfnis auch für die ausländische Tätigkeit unbedingt zu bejahen. Das Gesetz vermochte diesem Bedürfnis im Rahmen seiner positiven Vorschriften nicht gerecht zu werden, sofern man die Handlungen als Einzeldelikte ansah. Durch die Zusammenfassung zu einem fortgesetzten Verbrechen war das Reichsgericht auf Grund des erörterten Rechtssatzes in der Lage, diese Lücke im Gesetz auszufüllen.

In diesen Fällen ist die Angleichung des fortgesetzten Verbrechens an die natürliche Handlungseinheit richtig. Der vom Reichsgericht befolgte Grundsatz, daß in das fortgesetzte Verbrechen als juristische Einheit auch im Ausland begangene Handlungen ohne Rücksicht auf ihre dortige Strafbarkeit einzubeziehen sind, ist hier durchaus zweckmäßig. Er ermöglicht de lege lata die Bestrafung strafwürdiger Handlungen im Ausland, die sonst, so sehr es auch den Interessen des Staates widersprechen mag, straflos bleiben müßten[10].

Für das künftige Recht ist das — beschränkte — Personalprinzip zu erwarten[11]. Danach wird bei allen Taten von Inländern die ausländische Strafbarkeit dann gegeben sein, wenn die Tat „nach deutschem Rechtsempfinden am Tatort strafwürdig ist“[12]. Das in beiden genannten Entscheidungen aufgetauchte Problem würde sich damit erledigen (wegen der Ausländer vgl. weiter unten).

ad b): Einzelhandlungen, die auch nach ausländischem Recht strafbar sind, können, wie aus § 4 StGB. erhellt, ohne Schwierigkeit in die im Inland erfolgende Aburteilung einbezogen werden. In dieser Hinsicht besteht keine Komplikation[13].

Handelt es sich um einen Inländer, der als solcher der Auslieferung nicht unterliegt, dann erfolgt die Bestrafung der im Ausland begangenen Taten als Ausgleich der Nichtauslieferung im Inland.

Wenn es sich aber um einen Ausländer handelt, dann erhebt sich die Frage, ob es nicht zweckmäßiger ist, wegen der im Ausland begangenen

[10] Darüber, daß für diese Lücke eine endgültige Abhilfe für alle in Betracht kommenden Fälle nur durch Erweiterung des Schutzprinzips geschaffen werden kann, vgl. v. Weber, a. a. O. S. 494.

[11] Gürtner, 1935, 2. Lesung, S. 221 ff.

[12] Kohlrausch, StGB. S. 55.

[13] Es ist darauf hinzuweisen, daß auch die Ansicht vertreten wird, daß die im Ausland begangenen Teilakte nur unter der Voraussetzung des § 4 StGB. in das fortgesetzte Verbrechen einbezogen werden können. Vgl. Kitzinger, S. 242, 243; Höpfner, S. 242 und Doerr, S. 188.

Einzelakte auszuliefern und lediglich die im Inland begangenen zur Aburteilung zu bringen. Es brauchten dann keine Handlungen verfolgt zu werden, an deren Verfolgung gar kein Interesse besteht, und es wäre gleichzeitig den Feststellungsschwierigkeiten bei faktisch im Ausland vorgenommenen Handlungen Rechnung getragen[14].

Wie steht das Reichsgericht zu dieser Frage? In JW. 1931, S. 249 Ziff. 1 nimmt das Reichsgericht in einem Beschluß folgendermaßen Stellung: „Wer sich einer strafbaren Handlung unter den rechtlichen Voraussetzungen des Fortsetzungszusammenhangs derart schuldig gemacht hat, daß die den gesetzlichen Tatbestand verwirklichenden Einzelakte teils im Inland, teils im Ausland erfolgt sind, hat die fortgesetzte Straftat — auch im Inland begangen. Wegen dieser ganzen, rechtlich einheitlichen fortgesetzten Handlung unterfällt er daher der inländischen Gerichtsbarkeit. Wird gegen ihn wegen fortgesetzter Begehung dieser Straftat von einem deutschen Gericht ein Urteil erlassen, so ist seine demnächstige Auslieferung nach den Auslieferungsgesetzen nicht zulässig, ohne Rücksicht darauf, ob die im Ausland begangenen Einzelakte dem inländischen erkennenden Richter bekannt waren oder von ihm berücksichtigt worden sind."

Dieses Ergebnis ist unannehmbar. Was zunächst einmal die unbekannt gebliebenen Fälle angeht, so weist v. Weber (a. a. O. S. 495) darauf hin, daß bei ausländischer Begehung besonders leicht strafbare Handlungen unbekannt bleiben. Die vom Reichsgericht gezogene Folgerung, daß mit rechtskräftiger Aburteilung eines fortgesetzten Verbrechens alle zu ihm gehörigen Fälle erledigt sind[15], auch unbekannte, so viele und so schwerwiegende es sein mögen, können wir heute nicht mehr anerkennen. Sie ist praktisch unhaltbar, wie im Kapitel über den Grundsatz ne bis in idem ausgeführt werden wird. Auch dürfte die neuere Rechtsprechung, wie dort zu zeigen sein wird, der absoluten Durchsetzung dieses Grundsatzes entgegenstehen.

Jedenfalls müssen diese unbekannt gebliebenen Fälle, wenn sie so erheblich sind, daß ihre Nichtberücksichtigung aufs gröbste die materielle Gerechtigkeit verletzt, zur Aburteilung kommen und kommen können. Der Grundsatz ne bis in idem darf dem nicht entgegenstehen[16].

Dann muß aber auch, statt der Bestrafung im Inland, die Auslieferung wegen dieser unbekannt gebliebenen, im Ausland begangenen Fälle durchgeführt werden können.

Soweit die ausländische Betätigung bekannt ist, muß sich zufolge der Rechtsprechung des Reichsgerichts das deutsche Gericht mit ihr befassen. Denn es handelt sich um einen Teil „derselben Tat" im Sinne des § 264 StPO., die zu erschöpfen das Gericht verpflichtet ist, mag auch kein Interesse an dieser Tat gegeben und die Aufklärung noch so schwierig sein.

Eine weitere Konsequenz dieser Rechtsprechung ist die, daß Deutschland auf Auslieferung wegen einer inländischen Tat, wenn diese mit

---

[14] Höpfner, II S. 235; v. Weber, S. 494 ff.

[15] Vgl. JW. 1933, S. 988 Anm. 7 von Gerland.

[16] Vgl. DJ. 1938, S. 724, 1193; ein besonderes Gesetz, wie v. Weber, a. a. O. S. 495 meint, ist nicht nötig, um das für die Zukunft zu erreichen. Das ist, wie noch in dem Kapitel über den Grundsatz ne bis in idem zu zeigen sein wird, schon heute im Rahmen der geltenden Gesetze möglich.

einer im Ausland abgeurteilten Auslandstat in Fortsetzungszusammenhang steht, und das Auslandsrecht unsere Auffassung vom Fortsetzungszusammenhang teilt, mangels Gewährleistung der Gegenseitigkeit nicht rechnen kann[17] [18]. Es ist also nicht in der Lage, eine inländische Tat zu verfolgen, weil und soweit diese mit ausländischen in Fortsetzungszusammenhang steht.

„Aus all dem wird ersichtlich, daß der erörterte Rechtssatz die internationale Rechtshilfe nicht fördert, sondern stört. Die Verfolgung internationaler Verbrecher ist am besten sichergestellt, wenn jeder Staat die auf seinem Gebiet begangene verbrecherische Tätigkeit verfolgt, die ausländische aber dem betroffenen Staat überläßt“[19].

Die Erwägungen der Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit, von denen wir bei der Prüfung dieser Rechtsprechung ausgingen, erfordern es, die Einheit des fortgesetzten Verbrechens[20] in diesen letzteren Fällen aufzulösen. Richtig ist eine Verteilung der strafbaren Einzelakte auf die Länder ihrer Verübung[20]. Das ist heute schon möglich, ohne daß es einer gesetzlichen Bestimmung bedürfte. Nötig ist lediglich eine Besinnung auf Zweck und Wesen des fortgesetzten Verbrechens, um nach Aufgabe der These „von der in allen juristischen Beziehungen als solcher zu behandelnden“ Einheit des fortgesetzten Verbrechens zur zweckmäßigen Behandlung aller mit dem Begriff des Fortsetzungszusammenhanges verbundenen Fragen zu gelangen.

Wir kommen also zu folgendem Ergebnis:

Soweit die Einbeziehung nach § 4 StGB. nicht strafbarer ausländischer Einzelbetätigungen durch diese Rechtsprechung ermöglicht wird, ist sie de lege lata zu billigen, weil damit Lücken des Gesetztes ausgefüllt werden. Für Ausländer[21] wird sie aus diesem Grunde auch de lege ferenda beizubehalten sein, während für Inländer mit Einführung des Personalitätsprinzips das Problem jede Bedeutung verliert.

Soweit diese Einbeziehung Fälle betrifft, die auch nach ausländischem Recht strafbar sind, ist sie nicht zweckmäßig, falls jedes Interesse an einer Bestrafung im Inlande fehlt. Sie kann auch vermieden werden, weil es sich keineswegs um eine „logische Konsequenz“ aus dem Begriff des fortgesetzten Verbrechens handelt, sondern um die Entscheidung einer Frage der Billigkeit und Zweckmäßigkeit. Für einen gemeinsamen und wirksamen Kampf gegen das internationale Verbrechertum ist es richtig, wenn jeder Staat das in seinem Bereich Geschehene aburteilen kann. Darauf hat die Rechtsprechung Rücksicht zu nehmen und dementsprechend die Einbeziehung der im Ausland strafbaren Handlungen, soweit Ausländer als Täter in Frage kommen, in diesen Fällen als unzweckmäßig und gesetzlich nicht geboten zu vermeiden.

---

[17] Vgl. v. Weber, S. 495.

[18] Über die Schwierigkeit, daß bei der Auslieferung die darüber entscheidende Stelle auf Grund mangelhafter Unterlagen gegebenenfalls über das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Fortstezungszusammenhangs entscheiden muß, vgl. v. Weber, a. a. O.

[19] v. Weber, S. 496.

[20] Vgl. schon Kitzinger, S. 242 und das Intern. Abkommen zur Bekämpfung der Falschmünzerei vom 20. 4. 1929, das eine entsprechende Regelung kennt. v. Weber, S. 496.

[21] Gürtner, S. 224.

b) Die sachliche Zuständigkeit
(Die Fortsetzung als qualifizierender Umstand.)

Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte in Strafsachen richtet sich, wie aus den einschlägigen Bestimmungen des GVG. erhellt, nach der Art und Schwere der Delikte.

Die Fortsetzung eines Delikts ist auf Art und Schwere[22] der strafbaren Handlung grundsätzlich ohne Einfluß. Sie ist zur Zeit nicht (was bei der Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit streitig ist) ein strafbegründendes oder straferhöhendes Moment, sondern stellt lediglich eine Art der Deliktsbegehung dar. Ob der Deliktstatbestand durch eine natürliche oder durch eine juristische Handlungseinheit verwirklicht wird, immer bleibt es eine Tatbestandsverwirklichung, die im Rahmen der einen übertretenen Norm geahndet wird.

Die sachliche Zuständigkeit ändert sich also durch die Fortsetzung grundsätzlich nicht. Eine Unterschlagung bleibt auch als fortgesetzte Unterschlagung ein Vergehen und gehört gemäß § 24 GVG. vor das Amtsgericht. Die Brandstiftung — § 308 StGB. — gehört als Verbrechen vor die Große Strafkammer[23]. Auch eine fortgestzte Brandstiftung gemäß § 308 StGB. bleibt ein Verbrechen, das mit Zuchthaus von höchstens zehn Jahren bedroht ist und in der Zuständigkeit der Großen Strafkammer.

Von diesem Grundsatz, daß die Fortsetzung ohne Einfluß ist auf die Qualifikation des Delikts, ist eine Ausnahme zu machen für den Mundraub — § 370 Ziff. 5 StGB. — und den Notdiebstahl — § 248 a StGB. In beiden Fällen ist Diebstahl nach § 242 StGB. anzunehmen, wenn die Summe des Entwendeten die Grenze der für Mundraub vorausgesetzten „geringen Menge" oder der „Geringwertigkeit" bei Notdiebstahl übersteigt[24]. Doch ändert in diesem Fall die Veränderung des rechtlichen Charakters nichts an der sachlichen Zuständigkeit, da für Übertretungen und Vergehen gleichermaßen das Amtsgericht zuständig bleibt — § 24 GVG.

Eine weitere Ausnahme von dem Grundsatz, daß die Fortsetzung an der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte nichts ändert, ergibt sich aus der vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung vertretenen Ansicht, daß die Erschwerung auch nur einer Einzelhandlung innerhalb des Fortsetzungszusammenhanges die Erschwerung der Gesamthandlung nach sich zieht[25].

Diese aus der Einheit des fortgesetzten Verbrechens gezogene Konsequenz wirkt sich auch auf die sachliche Zuständigkeit aus. Ist nämlich der Erschwerungsgrund ein solcher, der die Zuständigkeit eines Gerichts höherer Ordnung zur Folge hat, dann führt die Qualifizierung auch nur einer Einzelhandlung des fortgesetzten Verbrechens dahin, daß dieses auch hinsichtlich der Glieder, die für sich betrachtet, vor ein Gericht niederer Ordnung gehören, zur Zuständigkeit des höheren Gerichts gehört.

---

[22] Daß die Fortsetzung bei der Strafzumessung innerhalb des jeweiligen Strafrahmens strafschärfend berücksichtigt werden kann, ist selbstverständlich.

[23] § 24 Ziff. 3a GVG.; VO. vom 14. Juni 1932.

[24] RG. 17/332; vgl. Rumpf, S. 239.

[25] RG. 43/219; 57/81; 67/188; 70/359; vgl. ebenso Liszt—Schmidt, S. 351; v. Hippel, II S. 544 Anm. 3.

So gehört die Kuppelei, § 180 StGB., als Vergehen zur Zuständigkeit des Amtsgerichts. Wird sie in der Form der schweren Kuppelei nach § 181 StGB. fortgesetzt — der Inhaber des Kuppelbetriebes heiratet ein Mädchen und verkuppelt es weiter, § 181 I Ziff. 2 —, dann gehört die gesamte Kuppelei als ein Verbrechen nach § 181 StGB. zur Zuständigkeit der Großen Strafkammer[26].

Bereits an dieser Stelle der Arbeit soll des Zusammenhanges wegen die Rechtshängigkeit erörtert werden, soweit sie für die Zuständigkeit eine Rolle spielt[27]. Das ist der Fall, wenn sich zwei Gerichte konkurrierend mit derselben Fortsetzungstat befassen und nun zu entscheiden ist, welchem von ihnen der Vorrang gebührt.

c) *Die Rechtshängigkeit*
(Als Zuständigkeitsfrage.)

Die Rechtshängigkeit tritt mit der Erhebung der Strafklage gemäß § 170 StPO. ein. Eine Folge der Rechtshängigkeit ist die, daß die den Gegenstand der Strafklage bildende Tat, solange das Verfahren schwebt, nicht noch anderweit, sei es vor demselben oder vor einem anderen Gericht, zum Gegenstand einer Strafverfolgung gemacht werden darf[28].

Ist aber einmal dennoch wegen derselben Tat gleichzeitig bei zwei Gerichten ein Verfahren anhängig geworden, so erhebt sich die Frage, welche Anhängigkeit den Vorzug verdient[29].

Im allgemeinen läßt das Reichsgericht die Prävention entscheiden[30]. Danach soll, in Ermangelung anderweitiger prozessualer Vorschriften, das Gericht den Vorzug erhalten, bei dem die Sache zuerst anhängig wurde.

Diesen Grundsatz der Prävention hat aber die Rechtsprechung des Reichsgerichts für Fälle, in denen bei dem einen Gericht ein fortgesetztes Delikt, bei dem anderen hingegen nur einzelne von diesem Zusammenhang mit erfaßte Teilhandlungen zur Anklage standen, zugunsten des Gerichts eingeschränkt, vor dem die fortgesetzte Handlung anhängig ist[31].

Der grundlegende Gedanke ist dabei der, daß dem Gericht der Vorzug gebührt, vor dem die umfassendere, die Sache erschöpfende Aburteilung möglich ist. Das trifft auf die fortgesetzte Handlung zu. Der Richter ist gezwungen, alle Einzelhandlungen in den Fortsetzungszusammenhang einzubeziehen und die rechtskräftige Verurteilung wegen einer fortgesetzten Straftat schließt die nochmalige Anhängigmachung und Verurteilung wegen einer in denselben Zusammenhang gehörenden Handlung aus[32].

Diesen Grundsatz, daß bei dem fortgesetzten Verbrechen das Gericht den Vorzug verdient, bei dem die Tat aus dem umfassenderen Gesichtspunkt zur Anklage kommt, wendet das Reichsgericht nicht nur auf die

---

[26] § 23 Ziff. 3a GVG.; VO. vom 14. Juni 1932.

[27] Im übrigen vgl. S. 35 f., 37 ff. d. Arb.

[28] Löwe—Rosenberg, 2. Buch, 1. Abschn. Ziff. 19a S. 502.

[29] Die Rechtshängigkeit muß als Verfahrenshindernis von Amts wegen berücksichtigt werden, so RG. 67, 55. Anders früher RG. 37, 55; vgl. Löwe—Rosenberg, a. a. O. Ziff. 19b.

[30] RG. 29/179; 55/187.

[31] RG. 70/337.

[32] RG. 67/56; 70/337.

Fälle an, wo bei dem einen Gericht eine Einzelhandlung, bei dem anderen dagegen das fortgesetzte Verbrechen anhängig wurde. Wie aus RG. 67/56 zu entnehmen ist, soll dasselbe auch dann gelten, wenn bei dem einen Gericht ein geringerer, bei dem andern dagegen ein umfassenderer Teil der Fortsetzungstat den Gegenstand des Verfahrens bildet.

Bei einem fortgesetzten Delikt gibt also den Ausschlag dafür, welches Gericht im Falle mehrfacher Rechtshängigkeit zur Aburteilung allein befugt ist, nicht die Prävention, sondern die umfassendere Erledigung, die zu erwarten steht.

Unter Berücksichtigung dieser vom Reichsgericht angestellten Erwägungen erscheint es deshalb auch möglich, das Prinzip dahin zu formulieren: die Anklage wegen eines fortgesetzten Verbrechens begründet die Einrede der Rechtshängigkeit gegenüber der späteren Anklage wegen eines Einzelfalles oder einiger zusammenhängender Fälle; dagegen nicht umgekehrt die Anklage wegen eines Einzelfalles oder nur einiger zusammenhängender Fälle die Einrede der Rechtshängigkeit gegenüber der späteren Anklage wegen eines fortgesetzten Verbrechens[33].

2. Die Einleitung des Verfahrens

a) Die öffentliche Klage

Die Erhebung der öffentlichen Klage bietet bei dem fortgesetzten Delikt gegenüber dem Einzeldelikt der Form nach keine wesentlichen Besonderheiten. Sachlich ist auf Grund des Legalitätsprinzips die Gesamtheit der dahingehörenden Einzelakte Gegenstand der Anklage. Eine Lockerung des Legalitätsprinzips im Verhältnis zum Fortsetzungszusammenhang ist durch die von RG. 70/338 für zulässig erklärte Anwendung des § 154 StPO. auf die rechtliche Handlungseinheit des fortgesetzten Delikts eingetreten; darüber vgl. S. 41 ff.

Die Klageerhebung durch Einreichung der Klageschrift nach §§ 170, 199 StPO. oder durch Antrag auf gerichtliche Voruntersuchung nach §§ 170, 178 StPO. ist die gleiche wie in den Fällen gewöhnlicher Art.

Die mündliche Anklage im Schnellverfahren nach § 212 StPO. ist, außer in den Fällen der freiwilligen Stellung und der vorläufigen Festnahme, nur für Übertretungen zulässig. Hier wird deshalb die Möglichkeit zu beachten sein — S. 29 —, daß die Übertretungen der §§ 370 Ziff. 5 und 248a StGB. infolge der Fortsetzung als Diebstahl und damit als Vergehen zu werten sind. Ebenso kann die Qualifizierung eines Teilaktes als Vergehen die ganze fortgesetzte Tat zu einem Vergehen machen und damit der mündlichen Anklageerhebung entziehen.

Eine Anklage im Laufe der Hauptverhandlung nach § 266 StPO. hinsichtlich weiterer Einzelakte kommt nicht in Betracht. Die zum fortgesetzten Verbrechen gehörenden Handlungen bilden eine Tat nach § 264 StPO., sind aber nicht als eine „andere Tat" im Sinne des § 266 StPO. anzusehen[1].

Möglich ist auch der Erlaß eines amtsrichterlichen Strafbefehls auf

---

[33] Vgl. Löwe—Rosenberg, 2. Buch 1. Abschn. Vorbem. 19 c.

[1] Näheres darüber in dem Kapitel über den Urteilsgegenstand.

schriftlichen Antrag der Staatsanwaltschaft — § 407 StPO. Aber auch diese vierte Art möglicher Anklage bietet keine Besonderheiten.

b) Der Strafantrag

Schwieriger wird die Einleitung des Verfahrens, soweit ein Antrag erforderlich ist.

Fraglich ist, von welchem Zeitpunkt an bei dem fortgesetzten Verbrechen die Antragsfrist zu laufen beginnt. § 61 StGB. bestimmt, daß bei Antragsdelikten der Antrag binnen drei Monaten zu stellen ist. Diese Frist beginnt mit dem Tage, seit welchem der zum Antrage Berechtigte von der Handlung und von der Person des Täters Kenntnis gehabt hat. Wie ist diese Bestimmung auf das fortgesetzte Verbrechen anzuwenden?

Das Reichsgericht geht von der Einheit des fortgesetzten Delikts aus. In dieser verlieren die Einzelhandlungen ihre juristische Selbständigkeit. „Mit dem Verlust der Selbständigkeit verbindet sich der Untergang aller rechtlichen Beziehungen, in welchen sie standen, so daß sie hinfort in allen Beziehungen nur als Teile der einheitlichen Straftat erscheinen“[2]. Aus dieser grundsätzlichen Auffassung folgert das Reichsgericht, daß nicht die einzelnen Akte und die Zeit der Kenntniserlangung von ihnen für die Berechnung der Frist und die Wirkung des Antrags von Bedeutung seien. Vielmehr gelte folgendes:

Für den Beginn der Antragsfrist sei die letzte der Einzelhandlungen entscheidend. Gleichgültig sei dabei, ob der Antragsberechtigte etwa schon länger als drei Monate vor Stellung des Strafantrags von früheren Akten Kenntnis erlangt habe[3].

Ja, die Rechtsprechung geht noch weiter. Nicht nur dann soll die Antragsfrist eingehalten sein, wenn der Antrag innerhalb der drei Monate nach Kenntnis vom letzten Akt gestellt werde, es genüge schon, wenn dies nur innerhalb der Zeit erfolge, binnen welcher die Verübung des fortgesetzten Delikts sich vollziehe. Wenn also der Antrag zwar erst nach einer längeren als dreimonatlichen Kenntnis von dem letzten vor ihm liegenden Akte gestellt werde, dann aber noch ein weiterer in den Fortsetzungszusammenhang gehörender Einzelakt nachfolge, so sei der Antrag für das fortgesetzte Verbrechen wirksam gestellt[4].

Hinsichtlich des Umfanges der Wirkung eines Strafantrags ergebe sich aus der Einheit der Fortsetzungstat, daß ein rechtzeitig gestellter Antrag die Verfolgbarkeit des Antragsdelikts mit Einschluß aller nicht nur dem Antrag zeitlich vorangehenden, sondern auch nachfolgenden Einzelhandlungen begründe, sofern nur die fortgesetzte Handlung schon vor dem Strafantrage wenigstens begonnen habe[5].

Im Schrifttum wird diese Handhabung des Strafantragsrechts beim fortgesetzten Verbrechen in weitem Umfange gebilligt[6].

---

[2] RG. 15/371.

[3] RG. 15/370; 20/226.

[4] RG. 40/320.

[5] RG. 38/39; 40/320. Daß das fortgesetzte Verbrechen schon begonnen haben muß, erklärt sich daraus, daß das RG. die Stellung des Strafantrags vor Begehung der Tat nicht zuläßt.

[6] Liszt—Schmidt, S. 352 Anm. 1; Frank, § 61 VIII; Leipz. Komm., § 61 Anm. 15.

Zunächst ist noch eine weitere Frage aus dem Strafantragsrecht zu prüfen. Wir hatten es bisher mit fortgesetzten Verbrechen zu tun, deren Einzelakte für sich genommen, durcweg dem Antragserfordernis unterlagen. Wie aber ist es mit dem Antragserfordernis, wenn in einer Fortsetzungstat Tatstücke zusammentreffen, von denen ein Teil Antragsdelikte, ein anderer Teil Offizialdelikte sind?

Daß ein solches Zusammentreffen möglich ist, liegt auf der Hand. Man denke nur an einfache Körperverletzung, § 223 StGB., die mit einem gefährlichen Werkzeug fortgesetzt wird, § 223a StGB., oder an Verwandtendiebstahl, § 267 StGB., der mit einfachem Diebstahl, § 242 StGB., in Fortsetzungszusammenhang steht.

Das Reichsgericht besagt in ständiger Rechtsprechung, daß die Annahme einer einheitlichen fortgesetzten Handlung nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß die Einzelhandlungen zum Teil von Amts wegen, zum Teil nur auf Antrag verfolgbare Straftaten darstellen[7].

Auch hier folgert das Reichsgericht aus der Einheit des fortgesetzten Verbrechens, daß die Antrags-Einzelakte die Natur selbständiger strafbarer Handlungen verlieren. Jene umfasse sie zusammen mit den als Offizialdelikt zu qualifizierenden Teilakten als solche der eigenen Selbständigkeit entbehrenden Akte dergestalt, daß sie trotz Fehlens des Strafantrags Teilhandlungen der Einheitstat würden. Damit entfalle für sie, mangels ihrer Selbständigkeit innerhalb des Zusammenhanges, das Erfordernis des Strafantrags.

Mithin könne das fortgesetzte Verbrechen im ganzen verfolgt werden, auch wenn für den Teil der Einzelhandlungen, der aus Antragstaten bestehe, kein Strafantrag vorliege. „Es genügt, daß zu den Einzelhandlungen auch nur eine Teilhandlung gehört, die von Amts wegen verfolgbar ist, um die ganze Tat verfolgbar zu machen[8]."

Bei einer kritischen Würdigung dieser Rechtsprechung erscheint es zweckmäßig, an diesen letzten Satz anzuknüpfen, der in äußerst prägnanter Weise zeigt, wohin diese Rechtsprechung führt. Welchen Interessen wird mit dieser Behandlung des Strafantragsrechts beim fortgesetzten Verbrechen Rechnung getragen? Erscheint das Ergebnis zweckmäßig, oder dient es einem besonderen Erfordernis nach materieller Gerechtigkeit, dem sonst nicht genügt werden könnte?

Man wird beides verneinen müssen. Hier sind wieder formal-konstruktive Gesichtspunkte ausschlaggebend gewesen. Wegen der „Einheit" des fortgesetzten Verbrechens, die „in allen Konsequenzen als solche zu behandeln ist", wird auf das Antragserfordernis verzichtet. In RG. 71, 287 findet sich als Begründung die Meinung vorgetragen, daß in solchen Fällen das Recht des Staates auf Verfolgung nicht ausgeschlossen werden dürfe.

Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß die Unterscheidung der Delikte in solche, die von Amts wegen und andere, die nur auf Antrag zu bestrafen sind, aus wohlerwogenen Gründen eingeführt worden ist. Eine Reihe von ihnen ist deshalb zu Antragsdelikten gemacht worden, weil „gewisse Rechtsgüterverletzungen nur dann für die öffentliche Rechts-

[7] RG. 31/150; 57/81; 71/287.
[8] RG. 71/287.

ordnung von Bedeutung sind, wenn der Verletzte sie als Verletzung empfindet und, daß er dies tut in vorgeschriebener Form (durch den „Antrag" auf Verfolgung) erklärt"[9]. Bei einer anderen Gruppe soll die Verfolgung deshalb nicht von Amts wegen ausgelöst werden, weil der Staat berechtigten Interessen des Verletzten am Ausbleiben der Verfolgung Rechnung tragen will, womit er anerkennt, daß diese gegenüber den staatlichen Interessen an der Verfolgung überwiegen können[10].

Diese durch den Staat der Verfolgung von Amts wegen bewußt gesetzten Schranken werden vom Reichsgericht höchst willkürlich und aus rein konstruktiven Gesichtspunkten durchbrochen. Bei der einen Gruppe werden die Interessen des Verletzten an der Nichtverfolgung, auf die der Staat durch die Gewährung des Antragsrechts Rücksicht nimmt, ohne weiteres außer acht gelassen, ohne daß überzeugende Gesichtspunkte dafür ins Feld geführt werden könnten. Nicht anders steht es mit der anderen Gruppe. Daß darüber, ob der Fall verfolgungsbedürftig ist, der Verletzte entscheiden soll; daß er ein Recht hat, durch Unterlassung des Antrags die Strafverfolgung zu hindern, weil „der Gedanke der Verzeihung hier einschlägt"[11], findet sich beim RG. nirgends erwähnt.

Aus rein formal-konstruktiven Überlegungen läßt es die „Einheit" des fortgesetzten Verbrechens dem Antragserfordernis vorgehen.

Eine richtige Beurteilung dieser Frage ist nur so möglich, daß die Interessen und Rücksichten, die zur Gewährung des Strafantragsrechts geführt haben, denen gegenübergestellt werden, die den Begriff des fortgesetzten Verbrechens rechtfertigen, um dann abzuwägen, welchem der Vorrang gebührt.

Dabei zeigt sich, daß die Außerachtlassung der Interessen, die das Gesetz mit der Gewährung des Antragsrechts berücksichtigen will, keineswegs ein zwingendes Erfordernis der „Einheit" ist. Die Zusammenfassung der Einzelakte zum fortgesetzten Verbrechen dient der Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit. Zweckmäßig und gerecht aber ist es, in erster Linie den Belangen Rechnung zu tragen, die der Gesetzgeber gewahrt wissen will. Und das ist möglich, wenn man die Mehrheit der Einzelakte, die im fortgesetzten Verbrechen vereint sind, gebührend beachtet. Ihre Zusammenfassung ist keine Frage unausweichlicher Logik, sondern eine solche der praktischen Überlegung, die die Auflockerung der „Einheit" da zuläßt, wo die materielle Gerechtigkeit sie erforderlich macht[12]. Diese Erwägung führt dahin, aus dem fortgesetzten Verbrechen solche Akte, die Antragsdelikte sind, auszuscheiden, wenn und soweit ein Antrag fehlt. Nur so wird man dem vom Gesetz mit der Gewährung des Antragsrechts verfolgten Ziel gerecht.

Es bleibt noch zu prüfen, ob die Behandlung, die das Reichsgericht dem Antragserfordernis dann zuteil werden läßt, wenn sich das fortgesetzte Verbrechen aus Antragsdelikten zusammensetzt, gebilligt werden kann.

Die Ansicht des Reichsgerichts führt zu dem Ergebnis, daß die Antragsfrist sich bei der Fortsetzung unbegrenzt verlängert und gar nach

[9] Liszt—Schmidt, § 43 II 2a, S. 296; Frank, § 61 Anm. I Ziff. 1.
[10] Frank, § 61 Anm. I Ziff. 2.
[11] Leipz. Komm., § 61 Anm. 1 e S. 362.
[12] Vgl. S. 22, 23 d. Arbeit.

bereits erfolgtem Ablauf von neuem zu laufen beginnt. Ein durchschlagender Grund dafür liegt nicht vor. Die Begründung des Reichsgerichts ist wieder eine rein formale. Es argumentiert lediglich mit der „Einheit" des fortgesetzten Verbrechens.

Auch hier ist zu sagen, daß das fortgesetzte Verbrechen kein „Eigenleben"[13] entfalten darf, das im Widerspruch steht zu den es tragenden Ideen der Gerechtigkeit und prozessualen Zweckmäßigkeit.

Die Frage ist die: besteht eine Veranlassung, solche Handlungen, die der Vergangenheit angehören und der Strafbarkeit mangels rechtzeitigen Antrags entzogen sind, der Strafbarkeit wieder zuzuführen? Hierbei ist noch zu beachten, daß das, was nur auf Antrag verfolgt wird, den Staat regelmäßig wenig interessiert. Das ist zu verneinen. Keinem ist damit gedient. Lediglich die aus höchst praktischen Erwägungen gesetzte Dreimonatsfrist wird auf unzulässige Weise ignoriert und derart ein in keiner Hinsicht zu billigendes Ergebnis erzielt.

Demgegenüber entspricht es einer Rechtsprechung, die auf zweckmäßige Ergebnisse bedacht ist und dem mit der Befristung des Antragsrechts verfolgten Ziel Rechnung tragen will, die mehreren Handlungen, aus denen sich das fortgesetzte Verbrechen zusammensetzt, zu berücksichtigen und die Antragsfrist für jede besonders laufen zu lassen. Voll und ganz ist Kohler beizustimmen, der das als unabweisbares Erfordernis strafrechtlicher Vernünftigkeit bezeichnet[14].

3. Das Verfahren

a) Grundsätzliches über Begriff und Abgrenzung des Urteilsgegenstandes; Bedeutung von Anklage und Eröffnungsbeschluß

Zufolge der §§ 151, 155 und 264 StPO. ist Gegenstand der Urteilsfindung die in der Anklage — für § 264 StPO. richtiger im Eröffnungsbeschluß[1] — bezeichnete „Tat". Das Gericht darf nur im Rahmen der angeklagten Tat tätig werden[2]. Welches sind die Grenzen, die damit der richterlichen Erkenntnistätigkeit gezogen werden? Es entsteht das praktisch wichtige Problem der Gleichheit der angeklagten und der richterlich zu beurteilenden Tat oder der sog. Identität des Prozeßgegenstandes[3].

Folgende Fragen ergeben sich:

1. Wie ist das Verhältnis von Anklage und Eröffnungsbeschluß zum Urteil[4]?

---

[13] Rumpf, II S. 237.

[14] Kohler, GA. 53/161; vgl. Höpfner, II S. 228.

[1] Allg. Meinung — Löwe—Rosenberg, § 264 Anm. 1; Schwinge, S. 204; RG. 59/360.

[2] Gelbert, JW. 1934, 2890; Niederreuther, DStrR. 1936, S. 168.

[3] Prozeßgegenstand und Urteilsgegenstand werden im folgenden synonym gebraucht und zwar im Sinne der „Tat" des § 264 StPO.

[4] Die Arbeit geht davon aus, daß der Eröffnungsbeschluß in der Mehrzahl der Fälle sich in rechtl. und tatsächl. Hinsicht der Auffassung der Anklageschrift anschließt. An sich sind Abweichungen von der Anklage schon im Eröffnungsbeschluß möglich. Für sie gilt nichts anderes, als was im folgenden für das Verhältnis von Anklage und Urteil entwickelt wird. — Vgl. Beling, DStrPR. § 73 I 2 S. 362.

2. Ist das Gericht an die Charakterisierung der Anklage: „selbständiges Verbrechen" oder „fortgesetzte Tat" gebunden?
3. Darf der Richter, wenn er — eventuell gegen Anklage und Eröffnungsbeschluß — Fortsetzungszusammenhang annimmt, nichtangeklagte Teilakte hereinziehen?
4. Darf er, wenn er — entgegen der Anklage — selbständige Taten annimmt, wegen der einzelnen verurteilen oder freisprechen? usw. ...

Der Begriff der „Tat" im Sinne des § 264 StPO. ist zunächst zu klären. Es ist heute unbestritten, daß Tat nicht als crimen, als strafbare Handlung im Sinne des StGB., sondern als factum, als äußeres Geschehen zu verstehen ist[5]. Wenn sonach die „Tat" als factum aufzufassen ist, so würde das Problem der Identität des Prozeßgegenstandes immer noch keine weiteren Schwierigkeiten bereiten, wenn sich die Aufgabe des Gerichts darauf beschränken würde, zu untersuchen, ob der ihm unterbreitete Vorgang historisch richtig ist und dem in der Anklage angezogenen Strafgesetz entspricht[6]. Die Tätigkeit des Strafrichters wäre dann so aufzufassen, daß der Staatsanwalt als eine dem Angeklagten gleichstehende Partei einen staatlichen Strafanspruch verfolgt[7]. Der Richter hätte dann bei Bejahung der Schlüssigkeit zu verurteilen, andernfalls freizusprechen.

Die Tätigkeit des Strafrichters ist aber in Wirklichkeit eine ganz andere, eine viel freiere. Sie ergibt sich aus seiner Verpflichtung ex officio die Wahrheit zu erforschen[8].

In diesem Sinne bestimmt § 264 StPO. in seinem Absatz I, daß die in Anklage und Eröffnungsbeschluß erst „bezeichnete" Tat in ihrer ganzen Wirklichkeit zu ermitteln, und in Absatz II, daß diese Tat rechtlich ganz frei zu würdigen ist. § 264 StPO. sieht also vor, daß der in Anklage und Eröffnungsbeschluß angenommene Sachverhalt sich in der Hauptverhandlung anders herausstellen kann. Treffend spricht Keetsin Liu[9] von der „durch Anklage und Eröffnungsbeschluß dem Gericht aufgegebenen Tat. Denn was Anklage und Eröffnungbeschluß tatsächlich bezeichnen, ist möglicherweise gar keine Tat, sondern sehr oft nur ein Stück der Tat, einzelne Elemente der Tat. Das Gericht hat die Aufgabe, diese Teile zu einem Ganzen, einer Tat zu ergänzen." Eine konsequente Folge dieser dem Richter zur Aufgabe gemachten Wahrheitsforschung ist seine Freistellung gegenüber der rechtlichen Beurteilung des Urteilsgegenstandes durch Anklage und Eröffnungsbeschluß[10].

Demnach ist festzustellen, daß Anklage und Eröffnungsbeschluß mit ihrem tatsächlichen und rechtlichen Gehalt auf die „Tat" hinweisen. Den Umfang des Prozeßgegenstandes kann man aus ihnen allein aber nicht entnehmen. Diese Frage, wie weit der Begriff „ein und derselben Tat"

---

[5] Schwinge, S. 218; Niederreuther, S. 168; Litzenberg, S. 28 und Anm. 98 mit Lit.; Heinrich, S. 7 Anm. 11 mit Lit.; Löwe—Rosenberg, § 264 Ziff. 2; RG. 61/317; 62/112.

[6] Niederreuther, S. 168.

[7] Binding, Strafr. und strafproz. Abhandl. II S. 172 ff., 183, 196, 202 ff., 308; vgl. Gelbert, JW. 34, 2891.

[8] Hahn, Materialien, Bd. III S. 147; vgl. Niederreuther, S. 168.

[9] A. a. O. S. 74.

[10] Vgl. RG. DJ. 1938, S. 1316.

reicht, welche Umstände der Richter im einzelnen trotz ihrer Nichterwähnung im Eröffnungsbeschluß mit berücksichtigen darf, beantwortet das Gesetz nicht. Es schweigt mit voller Absicht, wie sich aus den Motiven ergibt[11].

Angesichts dieses Schweigens haben sich hinsichtlich der Methode, wie der Umfang des Prozeßgegenstandes zu bestimmen sei, zwei Meinungen gebildet.

Die eine, vom Reichsgericht[12] und der herrschenden Meinung im Schrifttum befolgte Ansicht geht von der Formel „Tat" = historisches Vorkommnis aus. Tat ist hiernach nicht das einzelne im Eröffnungsbeschluß hervorgehobene geschichtliche Ereignis, sondern die gesamte hiermit in Verbindung stehende Tätigkeit des Angeklagten, soweit sie mit dem im Eröffnungsbeschluß angezogenen geschichtlichen Vorkommnis als eine und dieselbe Handlung sich darstellt[13]. Darüber, ob das der Fall ist, entscheidet für das Reichsgericht grundsätzlich allein die natürliche Auffassung[14]. „Um die Zugehörigkeit zu dem im Eröffnungsbeschluß ausdrücklich bezeichneten geschichtlichen Vorgang anzunehmen, genügt ein nach natürlicher Auffassung bestehender innerer Zusammenhang[15]."

Die Gegner dieser sich auf natürliche Kriterien beschränkenden „naturalistischen Methode" treten für eine Abgrenzung des Prozeßgegenstandes nach rechtlichen Gesichtspunkten ein, für eine „normative Methode"[16].

Dieser Methodenstreit verliert für das fortgesetzte Verbrechen seine Bedeutung. Das Reichsgericht folgt nämlich gerade beim fortgesetzten Verbrechen, abweichend von seiner sonstigen Praxis für die Bestimmung des Prozeßgegenstandes, einer „normativen Methode". Es läßt den Umfang der „juristischen Handlungseinheit" entscheiden und führt damit rechtliche Kriterien für die Begrenzung der „Tat" im Sinne des § 264 StPO. ein. Soweit es sich um ein fortgesetztes Verbrechen handelt, stimmen also die Grundsätze des Reichsgerichts für die Bestimmung des Urteilsgegenstandes mit denen der Vertreter einer normativen Methode[17] überein.

Wie verfährt nun das Reichsgericht in den einzelnen möglichen Fällen?

b) Die Bildung des Urteilsgegenstandes beim fortgesetzten Verbrechen

Die Antwort auf unsere Frage muß den Entscheidungen entnommen werden, die sich mit dem Umfang der Rechtskraft befassen. Solche, die die Frage der Identität des Eröffnungsbeschlusses mit dem Gegenstand

[11] Hahn, III, 1. Abt. S. 206.

[12] RG. 2/347; 3/132 ff.; 9/410; 66/21; Löwe—Rosenberg, § 264 Ziff. 2 und wegen der weiteren Literatur Schwinge, Anm. 3 . Zu der geschichtlichen Entwicklung vgl. Schwinge, S. 212, insbes. dazu, daß es sich um die Übernahme der Rechtsprechung des Obertribunals handelt.

[13] RG. 24/371; 51/128.

[14] RG. 56/325; 62/131; JW. 1934/1916.

[15] JW. 1927/1595; Niederreuther, S. 170.

[16] Darüber Schwinge, S. 220 ff.; Keetsin Liu, S. 22, 57 ff.; Niederreuther, S. 170; Gelbert, JW. 1934, 2892; vgl. die Lit. bei Schwinge, S. 205—211.

[17] Vgl. Schwinge, S. 228 ff., 234, 236; Niederreuther, S. 172; Keetsin Liu, S. 59, 61, 63 — die Abweichungen, soweit vorhanden, sind ganz unbedeutend.

des Urteils behandeln, also unser Thema direkt betreffen, sind kaum vorhanden. Der Umfang der Rechtskraft geht nach Ansicht des Reichsgerichts[18] genau so weit, wie bei der früheren Entscheidung die Befugnis des Gerichts zur Umgestaltung der Strafklage reichte. Die Art und die Grenze dieser Klageänderungsbefugnis im Verhältnis von Eröffnungsbeschluß und Urteil ist gleichbedeutend mit der Art und den Grenzen der Bildung des Urteilsgegenstandes. Auf Grund einer retrospektiven Betrachtung gilt es also, von den Ergebnissen dieser den Umfang der Rechtskraft behandelnden Urteile ausgehend, die Schlüsse auf die Bildung des Urteilsgegenstandes beim fortgesetzten Verbrechen zu ziehen.

I. Dem Richter liegt auf Grund der Anklage und des Eröffnungsbeschlusses ein fortgesetztes Delikt als Prozeßgegenstand vor. Er stellt fest, daß es sich bei den ihm benannten Handlungen um strafbare Teile eines fortgesetzten Delikts handelt. Im Lauf der Verhandlung tauchen weitere Teilakte auf, die er als Bestandteile des ihm vorliegenden fortgesetzten Delikts qualifiziert. Er ist ohne weiteres befugt, auch diese neu ermittelten Teilakte mit abzuurteilen.

Diese neuen, im Eröffnungsbeschluß nicht angeführten Tatstücke, sind weder selbständige Taten im Sinne des § 266 StPO., noch auch handelt es sich bei ihrer Einbeziehung um eine Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes nach § 265 StGB. Es ist vielmehr nach wie vor das gleiche fortgesetzte Delikt, zu dem auch die neuen Teilakte gehören, und damit dieselbe „Tat" im Sinne der §§ 155, 264 StPO.[19] Diese „Tat" hat der Richter in ihrem vollen Umfang, also auch einschließlich der neu ermittelten Akte zur Aburteilung zu bringen.

Das ist auch gemeine Meinung im Schrifttum[20]. Auch hier ist diese Ansicht teilweise den Erörterungen über den Umfang der Rechtskraft zu entnehmen, der nach h. M. dem Umfang des Prozeßgegenstandes entspricht.

II. In der gleichen Weise erfolgt die Bildung des Urteilsgegenstandes, wenn dem Gericht in der Anklage eine selbständige Tat oder deren mehrere namhaft gemacht worden sind, und es im Laufe der Verhandlung zu der Überzeugung gelangt, daß in Wahrheit unselbständige Teile eines fortgesetzten Verbrechens vorliegen, die mit weiteren neu aufgetauchten Fällen im Fortsetzungszusammenhang stehen.

Der Richter kann hier von der rechtlichen Beurteilung des Eröffnungsbeschlusses abweichen — § 264 II StPO.[21] Er darf — nachdem der Angeklagte gemäß § 265 StPO. belehrt worden ist[22] — ein fortgesetztes Verbrechen annehmen und damit sein Urteil auf alle Einzelakte erstrecken, die sich im Laufe der Verhandlung als Bestandteile desselben herausstellen.

Im umgekehrten Falle, wenn also der Eröffnungsbeschluß wegen eines fortgesetzten Verbrechens ergeht, und das Gericht zu der Erkennt-

---

[18] RG. 9/348; 15/11; 51/253; 66/20.

[19] RG. 9/347; 15/29; 44/398; 47/400; 51/241; 51/254.

[20] Binding, Handb. S. 560; Liszt—Schmidt, S. 352 Anm. 1; Höpfner, II S. 189 mit weiterer Lit.; Doerr, S. 216 mit Lit.; sowie Heinrich, Diss. S. 28 und Anm. 83.

[21] Vgl. S. 36.

[22] RG. 16/437; 20/222.

nis kommt, daß es sich in Wahrheit um eine Mehrheit real konkurrierender Delikte oder um ein einzelnes Delikt handelt, entfällt die Möglichkeit, den Prozeßstoff in tatsächlicher Hinsicht zu erweitern, wie sie sich bei Annahme eines fortgesetzten Delikts ergibt[23]. Es würde sich in diesem Falle, soweit weitere konkurrierende Delikte mit zum Gegenstand des Urteils gemacht werden sollten, nicht um unselbständige Ausführungsakte einer Handlungseinheit handeln, sondern um neue selbständige Straftaten. Ihre Berücksichtigung wäre also nur im Rahmen des § 266 StPO. möglich.

III. Es bleibt noch die Bildung des Prozeßgegenstandes für den Fall zu behandeln, daß die Anklage ein fortgesetztes Delikt zum Gegenstand hat, dessen im Eröffnungsbeschluß bezeichnete Teilakte sich als straflos herausstellen, während in der Verhandlung eine Reihe strafbarer Akte zum Vorschein kommt, die bei unterstellter Strafbarkeit der im Eröffnungsbeschluß benannten Akte mit diesen im Fortsetzungszusammenhang stehen würden; z. B.: bei einer Beleidigungsklage sind die in der Anklage bezeichneten Fälle nach § 193 StGB. straflos. In der Verhandlung stellt sich eine Reihe weiterer mit jenen zusammenhängender Beleidigungen heraus, für die § 193 StGB. nicht Platz greift. Oder das Gericht kann sich hinsichtlich der in der Anklage genannten Fälle von der Schuld des Angeklagten nicht überzeugen, ermittelt aber weitere Einzelhandlungen, die es für strafbar hält. Ist es in solchem Falle befugt, diese strafbaren Teilakte ohne neue Anklage abzuurteilen?

Das Reichsgericht verneint in ständiger Rechtsprechung[24]. Es geht dabei von dem Grundsatz aus, daß erste Voraussetzung für die Annahme einer fortgesetzten Straftat die ist, daß überhaupt strafbare Teilakte vorliegen. Nur strafbare Handlungen können zum fortgesetzten Verbrechen zusammengefaßt werden. Wenn das Gericht die Strafbarkeit der durch die Anklage bezeichneten Tatstücke verneint, dann ist es nach Ansicht des RG. auch nicht berechtigt, hinsichtlich ihrer Fortsetzungszusammenhänge mit den neu aufgetauchten Fällen anzunehmen und diese als unselbständige Teile derselben „Tat" im Sinne des § 264 StPO. anzusehen. Es darf bei Straflosigkeit der ihm bezeichneten Teilakte seine Aburteilung nicht ausdehnen. Die neu ermittelten Tatstücke sind in Ermangelung des Fortsetzungszusammenhangs vielmehr nach § 264 StPO. als „andere Tat" zu betrachten.

Es läßt sich nicht bestreiten, daß dieses Ergebnis reichsgerichtlicher Rechtsprechung prozeßökonomisch wenig erfreulich ist. Erscheint es doch angebracht, daß das mit einem „Fall" einmal beschäftigte Gericht auch in die Lage versetzt wird, diesen ohne jedes Hindernis — § 266 StPO. — in demselben Verfahren in vollem Umfang zu erledigen; nach dieser Rechtsprechung aber kann es unter den angeführten Umständen, mangels der nach § 266 StPO. erforderlichen Zustimmung des Angeklagten[25], dazu genötigt werden, den Täter heute wegen der straflosen Teilakte freizusprechen, um ihn wegen des Restes morgen wieder vor den Schranken zu haben.

---

[23] RG. 15/28; 26/162; 47/401; 54/283.

[24] RG. 47/400; 54/333; JW. 1931, 216; 1921, 846 Ziff. 7.

[25] Die zudem auch nur bei Vergehen, nicht aber bei Verbrechen wirksam wäre — § 266 II StPO.

Die Behandlung dieser Fälle seitens des Reichsgerichts hat Beling[26] der Kritik unterzogen und einen Ausweg aus dem angedeuteten Dilemma gezeigt. Beling charakterisiert die vom Reichsgericht eingeschlagene Methode als die einer „schrittweisen Bildung des Prozeßgegenstandes", die allein es erkläre, warum das Recht und die Pflicht des erkennenden Gerichts zur Aburteilung verschieden begrenzt sei, je nachdem, ob das Gericht zu einer Freisprechung oder zu einer Verurteilung gelangt. Die Methode des RG. lautet nach Belings Ansicht folgendermaßen: „Wo es sich um ein fortgesetztes Delikt handelt, hat das Gericht nicht wie sonst von vornherein die Aufgabe, dem historischen Ereignis als Ganzem nachzuspüren, sondern es hat vorerst lediglich die Aufgabe, die in der Klage genannten Einzelhandlungen zu würdigen. Erweisen sich diese als nicht strafbar, so hat das Gericht seine Aufgabe erledigt. Ergeben sie sich als im Sinne eines fortgesetzten Delikts strafbar, so ist nach weiteren dazugehörigen Handlungen Umschau zu halten[27]."

Diese Methode widerspricht nach Belings Meinung dem Geist der StPO., der in den §§ 155, 264 StPO. zum Ausdruck gekommen ist. Der Sinn dieser Vorschriften ist der, eine Lebensangelegenheit in einem Prozeß zu erledigen und demzufolge die Vollaufrollung derselben zu ermöglichen.

Dieses „Ganze" hat also das Gericht aufzurollen. Dabei ist „Tat" nach Ansicht Belings in prozessualem Sinne als Aufgabe für Untersuchung und Entscheidung nicht die strafbare Tat, sondern nur die hypothetisch strafbare, die als strafbar in Betracht kommende. Daraus folgt, daß ein fortgesetztes Delikt als Prozeßgegenstand eben als hypothetisch fortgesetztes Delikt zu fassen ist. Die Konsequenz ist folgende: „Es sind der in der Klage bezeichneten Einzelhandlung alle in Fortsetzungszusammenhang mit ihr stehenden ohne Rücksicht darauf hinzuzudenken, ob jener Urbestandteil des Ganzen und ob die dazu hinzukommenden überhaupt geschichtliche Vorkommnisse und ob sie strafbar sind. Diese Frage, ob strafbar oder nicht, zu beantworten, ist Aufgabe des Sachurteils, sie kann aber auf die Erfassung des Gegenstandes, über den zu urteilen ist, keinen Einfluß haben." Die Aufgabe des Gerichts richtet sich nicht nach Strafbarkeit oder Straflosigkeit des ihm bezeichneten Urbestandteils. Dessen Funktion ist eine andere und besteht darin, daß an ihn, bei Unterstellung, daß er strafbar sei, angeknüpft wird, um den gesamten Prozeßgegenstand vor Augen zu stellen.

Diese Auffassung von der hypothetischen Bildung des Prozeßgegenstandes ermöglicht es, die Befugnis des Gerichts zur Aburteilung in allen Fällen gleichmäßig zu begrenzen. Die bisherige, in Fällen des Freispruchs bestehende Beschränkung der Aburteilungsbefugnis entfällt, womit allen prozeßökonomischen Belangen Rechnung getragen wird.

Dieser von Beling vertretenen Methode folgen Kern[28], Neumann[29]. Die gleiche Ansicht findet sich bei Lilienthal[30]. Zu wesentlich demselben Ergebnis dürfte auch Sauer kommen[31].

---

[26] DStrPrR. § 28 S. 113; JW. 1925/1010; JW. 1931/216.
[27] JW. 1931/216.
[28] JW. 1933, 457.
[29] Diss. S. 21.
[30] JW. 1921, 846.
[31] A. a. O. S. 193; dazu Frank, Diss. S. 12.

In der Tat trägt die von Beling vertretene Auffassung über die Bildung des Prozeßgegenstandes für den Fall der Straflosigkeit der erstbenannten Teilakte unabweisbaren prozessualen Erfordernissen Rechnung. Auf diese Weise wird es möglich, die „Hindurchschleppung der Lebensangelegenheit in den Grenzen, in denen sie ein einheitliches Ganzes darstellt, durch mehrere Prozesse hindurch[32]" zu vermeiden. Das Gericht kann nicht gezwungen werden — § 266 StPO. — wegen eines Teiles der Fälle heute freizusprechen, um morgen wegen des Restes zu verurteilen. Das dient einer gerechten, zweckmäßigen und nicht zuletzt auch schnellen Rechtspflege. Die Methode Belings erweist im Verhältnis von Anklage und Urteil ihren hohen prozeßökonomischen Wert und ist daher anzuerkennen.

Diese Ansicht vertritt neuerdings das OLG. Dresden[33]. Ausnahmsweise hat sich auch das RG. — GA. 73 S. 107 ff. — zu dieser Auffassung bekannt.

c) Die Anwendung des § 154 StPO. auf das fortgesetzte Verbrechen

Der nach den allgemeinen Vorschriften gebildete Prozeßgegenstand beim fortgesetzten Verbrechen kann auf Grund einzelner Rechtssätze gewisse Einschränkungen erleiden. Im folgenden soll zunächst geprüft werden, inwieweit der § 154 StPO. eine solche Wirkung hat.

Das Reichsgericht geht davon aus, daß der Richter beim Vorliegen einer fortgesetzten Straftat gezwungen ist, alle dazugehörigen Einzelhandlungen in den Fortsetzungszusammenhang einzubeziehen[34]. Diese Forderung erklärt sich einmal aus der hier vorliegenden Handlungseinheit, der zufolge das Zusammengehörende nicht getrennt werden darf. Dann aber auch aus dem Grundsatz des Reichsgerichts, daß der Verbrauch der Strafklage so weit reicht wie die Aburteilungsbefugnis. Einer Verfolgung aller nicht mit abgeurteilten Einzelakte des fortgesetzten Delikts steht später der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen.

Ist es zulässig, abweichend von diesem Grundsatz gemäß § 154 StPO. dennoch einzelne Teilakte des fortgesetzten Delikts von der Aburteilung auszuscheiden? Nach der älteren Rechtsprechung des Reichsgerichts war das nicht anzunehmen[35].

Nach § 154 I StPO. kann von der Erhebung der öffentlichen Klage abgesehen werden, wenn die Strafe, zu der die Verfolgung führen kann, neben einer Strafe, zu der der Beschuldigte wegen einer anderen Tat rechtskräftig verurteilt worden ist oder die er wegen einer anderen Tat zu erwarten hat, nicht ins Gewicht fällt. Ist die öffentliche Klage bereits erhoben, so kann nach § 154 II StPO. das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft das Verfahren vorläufig einstellen.

Gegen die Anwendung des § 154 StPO. auf das fortgesetzte Delikt äußert das Reichsgericht[35] folgende Bedenken:

Die Einheit des fortgesetzten Delikts werde unzulässigerweise durch einen Einstellungsbeschluß nach § 154 StPO. zerrissen und dann nur

[32] Beling, JW. 1933, S. 217.
[33] DJ. 1938 S. 1316.
[34] RG. 69/96; 67/56.
[35] RG. JW. 1934, 2474 Nr. 14.

unvollständig beurteilt. Dieser Ausschluß einzelner Fälle aus dem fortgesetzten Delikt widerspräche seiner Natur als einer Einheit.

Vor allem sei es auch gar nicht möglich, die Vorschrift des § 154 StPO. überhaupt oder jedenfalls unmittelbar anzuwenden. Denn das Wort „Tat" werde doch wohl im § 154 StPO. im selben Sinne gebraucht wie im § 264 StPO. Das fortgesetzte Verbrechen als Einheit sei aber nur eine „Tat", während der § 154 StPO. deren mehrere voraussetze.

Ein besonderes Argument gegen die Anwendung des § 154 StPO. schienen jedoch dem RG. a. a. O. die Absätze III bis V desselben darzustellen. Wie aus diesen Vorschriften ersichtlich sei, erlaube das Gesetz zwar die vorläufige Einstellung des Verfahrens, ermögliche aber immer noch, das eingestellte Verfahren wieder aufzunehmen. Bei Aburteilung eines fortgesetzten Verbrechens erwachse nach ständiger Rechtsprechung Rechtskraft in bezug auf alle dazugehörigen Betätigungen; von einer Wiederaufnahme hinsichtlich einzelner Teilakte, die nach § 154 StPO. ausgeschieden wurden, könne also die Rede nicht sein.

Trotz dieser erheblichen Bedenken gegen die Anwendung des § 154 StPO. war andererseits nicht zu verkennen, daß bei einer solchen Anwendung dem Grundgedanken und Zweck des § 154 StPO. in hohem Maße Rechnung getragen wurde. Sei es nun, daß man, um seine Anwendung auf das fortgesetzte Verbrechen zu ermöglichen, den Begriff der Tat anders als im § 264 StPO. faßte, sei es, daß man ihn — wie in RG. JW. 1934, 2475 angedeutet — sinngemäß anwandte.

Diese Gesichtspunkte waren auch ausschlaggebend für den II. Senat des Reichsgerichts, der die entsprechende Anwendung des § 154 StPO. auf das fortgesetzte Verbrechen nun für zulässig erklärt hat[36].

Die Entscheidung geht davon aus, daß das Interesse des Staates an einer ausreichenden Sühne der Tat es nicht immer erfordere, alle Einzelbetätigungen des verbrecherischen Willens heranzuziehen. Vielmehr liege es im Sinne einer schleunigen und sicheren Rechtspflege, zu ermöglichen, daß Einzeltaten weggelassen werden können, die aufzuklären schwierig, zeitraubend oder auch zweifelhaft sei, insbesondere dann, wenn die Ausdehnung der Ermittlungen die Strafhöhe nur unbedeutend beeinflussen würde. Ein solches Verfahren erleichtere es wesentlich, umfangreiche Strafverfahren zu erledigen. Das rechtfertige die Anwendung des § 154 StPO. auf das fortgesetzte Verbrechen.

Doch seien bei diesem Ausscheiden einzelner Straftaten gemäß § 154 StPO. zwei Gesichtspunkte im Auge zu behalten:

Ein solches Ausscheiden verbiete sich, soweit die Anzahl der Handlungen von Einfluß auf die rechtliche Beurteilung der Gesamttat sei. So setze eine fortgesetzte Handlung mehr als eine Handlung voraus. Der Unterschied zwischen Diebstahl und Mundraub richte sich nach der Summe des Gestohlenen, auf die wieder die Zahl der Handlungen Einfluß habe.

Weiter sei im Auge zu behalten die Beziehung zwischen der Anzahl der Handlungen und dem Strafmaß. Es dürfe der § 154 eben nur so zur Anwendung gebracht werden, daß die gerechte Ausmittelung des Strafmaßes darunter nicht leide.

---

[36] RG. 70/338.

Soweit die Rechtsprechung des Reichsgerichts. Im Schrifttum ist die Anwendung des § 154 auf das fortgesetzte Verbrechen schon früher gefordert worden. So meint John[37] in seinen Anmerkungen zum § 208 StPO. a. F. (dem heutigen § 154 StPO.), daß in dieser Bestimmung von mehreren selbständigen Handlungen die Rede nicht sei, so daß also der § 208 auch dort zur Anwendung komme, wo nur eine Straftat vorliege. John hat sich mit seiner Ansicht von der unmittelbaren Geltung des § 208 StPO. nicht durchsetzen können. So finden wir bei Höpfner[38] den Vorschlag einer analogen Anwendung des § 208 auf das fortgesetzte Verbrechen, um Fälle ausscheiden zu können, die für die Strafe ohne wesentlichen Einfluß sind. Dieser Vorschlag taucht dann immer wieder auf[39], so kürzlich bei Schwarze[40], der für eine gesetzliche Regelung des Inhalts eintritt, daß der § 154 auch auf fortgesetzte Verbrechen anwendbar sei, wobei dem Gericht aber die Befugnis bleiben soll, erforderlichenfalls auf die abgetrennten Teile wieder zurückgreifen zu können.

In diesem Punkt hat also die Rechtsprechung des Reichsgerichts lange gehegten Wünschen Rechnung getragen. Hier ist ein Fall gegeben, in dem das Reichsgericht die formale Ausdeutung der These von der „in allen Konsequenzen" durchzuführenden Einheit des fortgesetzten Verbrechens zugunsten der Zweckmäßigkeit aufgibt. Dem ist durchaus beizustimmen. Eine Erweiterung dieser Methode auch auf andere Fälle ist aber dringend notwendig, wie schon gezeigt wurde[41] und weiter noch zu zeigen bleibt. Darüber, wie weit das Gericht, trotz rechtskräftiger Entscheidung über das fortgesetzte Verbrechen, später auf die einstweilen nach § 154 StPO. ausgeschiedenen Teile zurückgreifen kann, verhält sich das Kapitel über den Grundsatz ne bis in idem.

d) Die Bedeutung der Verjährung für die Gestaltung des Urteilsgegenstandes beim fortgesetzten Verbrechen

Bei der Untersuchung, von welchem Einfluß die Verjährung auf Umfang und Bildung des Prozeßgegenstandes ist, kann der Streit über die rechtliche Natur der Verjährung[42] außer Betracht bleiben. Die hier interessierende Auswirkung der Verjährung auf prozessualem Gebiet wird von diesem Streit nicht berührt.

Auszugehen ist von dem § 67 StGB., dessen Absatz IV bestimmt: „Die Verjährung beginnt mit dem Tage, an welchem die Handlung begangen ist, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des eingetretenen Erfolges."

Bei der Anwendung dieser Vorschrift auf das fortgesetzte Verbrechen legt das Reichsgericht[43] den in Bd. 9/349 proklamierten Satz zugrunde: „Wo eine Mehrheit von Handlungen zu einer juristischen Einheit zusammengefaßt wird, ist diese Einheit als solche in allen juristischen Beziehungen zu behandeln." Auf Grund dieser einmal aufgestellten These

[37] A. a. O. § 208 II 1 S. 715.
[38] Bd. II S. 218.
[39] Litzenberg, Diss. S. 42 Anm. 147.
[40] GS. 106/45; desgl. Niederreuther, GS. 109/356.
[41] Vgl. S. 22, 23, 28, 33 ff.
[42] Darüber Mezger, 496 Anm. 25.
[43] Frank, § 67 II.

wird die Konsequenz gezogen, daß die Verjährung der Einheit nicht eher beginne, ehe die letzte, das fortgesetzte Delikt abschließende Handlung gesetzt worden sei[44]; auf diese wird das „begangen" des § 67 IV StGB. bezogen.

Mit jedem neuen Tätigkeitsakt, durch welchen das Delikt fortgesetzt wird, entfällt demnach die Möglichkeit, den Beginn der Verjährung von der Begehung eines früher liegenden Aktes an zu berechnen. Diese Ansicht ist vom Reichsgericht seitdem in ständiger Rechtsprechung festgehalten worden[45].

Auch im Schrifttum findet sie sich vertreten. Die Begründung entspricht der des Reichsgerichts[46].

Diese Rechtsprechung des Reichsgerichts und die Ansicht des ihm folgenden Schrifttums charakterisiert Rumpf[47] zutreffend „als eine Folge des ganz formal-konstruktiven Ausbaues, den der Begriff des fortgesetzten Verbrechens in der Judikatur des Reichtsgerichts erfahren hat". Das konnte nur geschehen, weil man sich über die führenden sachlichen Gesichtspunkte für die Annahme desselben nicht genügend im klaren war. Deren Berücksichtigung zeigt, daß der Begriff des fortgesetzten Verbrechens sich mit der Verjährung der Einzelakte sehr wohl vereinbart. Er ist eine Schöpfung zur gerechten Beurteilung bestimmter Lebenszusammenhänge und erfüllt nicht zuletzt praktische, prozessuale Zwecke, wie ich oben näher ausführte. Darin trifft er sich mit der Verjährung.

Durch die Anerkennung der Verjährung trägt die Rechtsordnung „der Macht der Tatsachen Rechnung[48]". Die Zeit löscht allmählich das Bedürfnis nach Vergeltung. Die Durchsetzung des materiellen Strafrechts verliert für den Staat an Wert. Hinzu tritt die mit der Zeit wachsende Schwierigkeit und Unsicherheit des Beweises, die die Verwirklichung des materiellen Strafrechts erheblich erschwert und eine gerechte Vergeltung immer mehr in Frage stellt[49]. Auch die Verjährung dient also, insofern sie die Außerachtlassung weit zurückliegender Tatsachen erlaubt, einem praktisch prozessualen Zweck und einer gerechten Beurteilung.

Wenn die Rechtsordnung weit Zurückliegendes als nicht mehr strafwürdig erachtet, dann ist auch in diesem Punkt dem Begriff des fortgesetzten Verbrechens nichts Gegenteiliges zu entnehmen.

Nach alledem erscheint es verfehlt, jedenfalls keineswegs als zwingende Forderung aus dem Wesen des fortgesetzten Verbrechens, die beiden Begriffe, die gleichen Zielen dienen, von der gleichzeitigen Anwendung auszuschließen.

---

[44] Diese Ansicht ist näher ausgeführt in RG. 10/203, woselbst die These aus RG. 9/343 als Argument zitiert wird, vgl. a. a. O. S. 205.

[45] RG. 10/203, 14/150, 25/210, 40/406, 57/140, 59/169, 59/291, 62/214, 64/39, 66,36, 72/26; JW. 1937/166 Ziff. 20; vgl. auch RG. 46/19, wo stärkste Bedenken anklingen.

[46] Lehrbücher: Liszt—Schmidt, S. 352; Allfeld, S. 324; die Monographie von Doerr, § 32 S. 196 mit reicher Lit. in Anm. 3; Kommentare: Frank, § 67 II S. 218; Olshausen, § 67 Anm. 14 e; Leipz. Komm., §67 Anm. 2 S. 344.

[47] Bd. II S. 238 ff.

[48] Liszt—Schmidt, § 75 S. 451.

[49] Allfeld, § 60 S. 305; Sauer, a. a. O. § 16 II 1 e S. 330 ff.; Liszt—Schmidt, a. a. O.; Frank, § 66 II S. 213; Leipz. Komm., § 66 Anm. 1 S. 341.

Richtig ist es, die im fortgesetzten Delikt zusammengeschlossene Mehrheit der Einzelakte zu berücksichtigen, die „Einheit" aufzulockern[50] und dementsprechend die Verjährung der Einzelakte anzuerkennen.

Zuzustimmen ist Kohler[51], der ausführt: Beim fortgesetzten Verbrechen „werden die Tätigkeiten aus Gründen strafrechtlicher Vernünftigkeit aneinander angeschlossen und bilden daher eine strafrechtliche Einheit; diese strafrechtliche Einheit verlangt aber nicht, daß alle dazugehörigen Tätigkeiten derselben Verjährung unterliegen". Eine andere Behandlung wäre auch deshalb dem Rechte zuwider, weil sie dem Beschuldigten „die Wohltat der Verjährung verkümmern würde[52]".

Gegen den Einwand Olshausens, der es prinzipios fand, das fortgesetzte Verbrechen hinsichtlich der Bestrafung als Einheit zu behandeln, dasselbe aber hinsichtlich der Verjährung in die Einzelakte zerfallen zu lassen, bemerkt Höpfner[53] durchaus zutreffend: „Primär ist nicht die Sauberkeit einer theoretischen Konstruktion, primär ist die zutreffende Entscheidung der praktischen Fragen, die hier hereinspielen und zu deren Behandlung das fortgesetzte Verbrechen geschaffen worden ist. Aus der jeweiligen Stellungnahme zu diesen Fragen muß sich ergeben, ob Verbrechenseinheit angenommen werden darf oder nicht".

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts selbst bietet einen Anlaß mehr, gegen die hier bekämpfte Ansicht anzugehen. Hatte doch das Reichsgericht früher aus seiner „These" einerseits und der Akzessorietät der Beihilfe andererseits stets die Konsequenz gezogen, daß auch bezüglich des vielleicht schon viel früher tätig gewordenen Gehilfen die Strafverfolgung erst mit dem Abschluß der „Einheitstat" des Haupttäters zu verjähren beginne[54].

Mit dieser früheren Rechtsprechung hat das Reichsgericht gebrochen[55]. Heute steht es auf dem Standpunkt, daß bei einer fortgesetzten Straftat des Haupttäters der Beginn der Verjährung für den Gehilfen nicht notwendig erst von der Vollendung der letzten strafbaren Betätigung des Haupttäters ab zu rechnen ist. Das Reichsgericht meint jetzt: „Hat sich der zeitlich beschränkte Vorsatz des Gehilfen nur auf die Hilfeleistung zu einzelnen bestimmten Teilen der Kette von Straftaten, die die fortgesetzte Handlung des Haupttäters bilden, gerichtet und hat seine Gehilfentätigkeit schon zu einer Zeit aufgehört, in der die strafbare Betätigung des Haupttäters noch fortdauerte, so beginnt die Verjährung gegen den Gehilfen schon mit dem Zeitpunkt, zu dem der betreffende Teil der Haupttat, zu dem er Hilfe leistete, abgeschlossen wird."

Hinsichtlich eines Teilnehmers erkennt das Reichsgericht also für die Verjährung die Teilbarkeit des fortgesetzten Verbrechens an. Die These,

---

[50] Vgl. S. 22, 23.

[51] GA. 53/161.

[52] Zuzustimmen ist auch folgendem a. a. O.: „Das entspricht auch vollkommen dem Zweck der Verjährung, daß Erörterungen über Begebenheiten aus einer Vergangenheit, deren Erinnerung schwer getrübt und deren sichere Kunde nicht leicht zu erzielen ist, vermieden werden sollen; und auch der Gedanke, daß nach Ablauf einer bestimmten Zeit das Strafbedürfnis aufhöre, verlangt diese Behandlung."

[53] Bd. II S. 223.

[54] RG. 5/282; 30/300.

[55] RG. 65/362; vgl. auch RG. 56/327.

„daß alle Konsequenzen" aus der „Einheit" gezogen werden müßten, ist insoweit gefallen[56].

Das Reichsgericht stellt Erwägungen der Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit über formale Konsequenzen. Das richtige Ergebnis gewinnt es durch eine Besinnung auf die dem fortgesetzten Verbrechen zugrundeliegende natürliche Handlungsmehrheit. Von hier aus muß der Schritt zur Anerkennung des Grundsatzes, daß Verjährung der einzelnen Teilakte eines fortgesetzten Verbrechens schlechthin möglich ist, getan werden. Er ist angebahnt in dieser Entscheidung, die die Beihilfe betrifft und zeigt, daß das Reichsgericht gedanklich bereits die „Einheitstat" trennt.

Die Erkenntnis, daß die Annahme eines fortgesetzten Verbrechens die Verjährung der Teilakte nicht hindern kann und nicht hindern darf, findet sich auch im Schriftum vertreten[57].

e) Amnestie und fortgesetztes Verbrechen

Ich gehe von der Auffassung aus, daß Amnestie oder Begnadigung im weiteren Sinne, „ihrem strafrechtlichen Wesen nach Beseitigung der Straffolge durch Verfügung der Staatsgewalt ist, also Verzicht des Strafanspruchsberechtigten auf den ihm erwachsenen Strafvollstreckungs- oder Strafverfolgungsanspruch[58]". Die Kontroversen über die rechtliche Natur der Begnadigung können in unserem Falle, da sie sich hier nicht auswirken, außer Betracht bleiben[59].

Die grundsätzliche Stellungnahme des Reichsgerichts findet sich in RG. 54/320. Sie betrifft die Frage, wie zu verfahren ist, wenn bei einer fortgesetzten Handlung ein Teil der Einzelhandlungen vor dem für die Niederschlagung maßgebenden Zeitpunkt, der andere Teil aber erst später begangen wurde. Ist es hier zulässig, die Amnestie auf die vor dem Stichtag liegenden Akte ohne Rücksicht auf die Fortsetzung anzuwenden und jenen Teil der fortgesetzten Handlung als niedergeschlagen, diesen aber als nicht niedergeschlagen anzusehen?

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu dieser Frage hält sich in den gleichen Bahnen wie die zur Verjährung[60]. Eine derartige Abtrennung einzelner Teile des fortgesetzten Delikts wird für unzulässig erachtet und als Begründung für diese Ansicht die bekannte „These" von der in allen Konsequenzen durchzuführenden Einheit des fortgesetzten Ver-

---

[56] Diese Entscheidung des Reichsgerichts bildet ein vollwertiges Argument für die hier vertretene Ansicht. Sie entstammt einer Zeit, in der das Reichsgericht noch grundsätzlich eine strenge Akzessorietät der Teilnahme vertrat. Die diesbezüglichen Lockerungen neuerer Entscheidungen — RG. 70/344; 70/389 —, die die Teilnahme stark verselbständigen, berühren also unsere Argumentation nicht. Bei dieser neuerlichen weitgehenden Verselbständigung der Teilnahme wird das gewünschte praktische Ergebnis bei der Verjährung der Teilnahme allerdings auch ohne Aufgabe der „These" erreicht werden können.

[57] Hierher gehören außer den Genannten: Köhler, S. 160; Binding, Handb. I S. 837; Beling, Lehre v. Verbr. S. 387; Ehrhardt, S. 49, 44; schon früher Wächter, in GA. VIII S. 14.

[58] Liszt—Schmidt, S. 439; auch RG. 59/56; JW. 1933, 2841.

[59] Vgl. diesbezüglich Liszt—Schmidt, S. 439 ff.

[60] RG. 71/288; JW. 1933, 2841, dort als ständige Rechtsprechung bezeichnet; vgl. auch RG. DJ. 1938. S. 675, dazu S. 47 u. Anm. 63, 64 d. Arb.

brechens ins Feld geführt. So meint der IV. Senat[61]: „Hier schließt die rechtliche Einheit, zu der die Einzelhandlungen durch den Fortsetzungszusammenhang zusammengefaßt sind, eine Niederschlagung hinsichtlich der früheren Einzelhandlungen aus."

Auch in dieser Frage wird man dem Reichsgericht den Vorwurf eines formal-konstruktiven Ausbaues des Begriffs fortgesetztes Verbrechen nicht ersparen können[62].

Auszugehen ist nicht von einer unbesehenen Parallele zu der Verjährung, um dann eine gleichartige Behandlung für die Fälle der Amnestie zu fordern. Auszugehen ist von der Frage, ob die Rechtsprechung des Reichsgerichts wirklich zu Ergebnissen führt, die als richtig und praktisch anzuerkennen sind.

Die Ergebnisse, zu denen das Reichsgericht gelangt, wären zu billigen, wenn eine Amnestie unter der Voraussetzung erginge und mit der Maßgabe im Einzelfall angewandt würde, daß derjenige, auf den sie Anwendung findet, sich bessert. Geht man von diesem Gesichtspunkt der Präsumtion der Besserung aus, dann mag es berechtigt erscheinen, wenn dem, der über den Stichtag hinaus, womöglich in Kenntnis der Amnestie, delinquiert, dieses beneficium versagt bleibt[63].

Das aber ist bei der Amnestie nicht der Fall. Äußerliche Anlässe (Wahl, Friedensschluß usw.) führen zum Erlaß einer solchen. Und äußerlich werden auch die Voraussetzungen umgrenzt, z. B. Zeit der Begehung, zu erwartende Strafe. Besserungsfähigkeit und ein entsprechender Wille werden nicht zur Voraussetzung ihrer Anwendung gemacht[64]. Regelmäßig verzichtet der Staat in gewissen Grenzen schlechthin auf Bestrafung.

Gehen wir hiervon aus, dann besteht keine Veranlassung, der formalen, an die „Einheit des Verbrechens" anknüpfenden Argumentation des Reichsgerichts zu folgen. Es ist dann nicht einzusehen, warum nicht der von Staat und Volk gewollte Gnadenerweis auch dem zukommen soll, der sich ein fortgesetztes Verbrechen hat zuschulden kommen lassen, in dessen Begehungszeit der für die Amnestie maßgebliche Stichtag liegt[65].

Dem Delinquenten widerfährt bei dieser Handhabung der Amnestie die vom Staat gewollte Gnade. Gleichzeitig bedeutet es auch eine Entlastung für die Gerichte, wenn ihnen auf diese Weise ein oft nicht unbeträchtlicher Teil ihrer Arbeit erspart wird. Nur bei dieser Auffassung wird der zur gerechten und einfacheren sowie praktischen Gestaltung der Rechtsfindung eingeführte Begriff „forgesetztes Delikt" diesem Zweck gerecht.

Im übrigen führt eine Berücksichtigung der vor dem Stichtag liegenden Akte automatisch zu einer Erhöhung des Strafmaßes und damit zu einer Beschwerung des Angeklagten, die dem in der Amnestie zum Ausdruck gekommenen Willen der Staatsführung widerspricht. Dabei kann dieser Widerspruch nicht mit einem Hinweis auf den Gesichtspunkt be-

[61] RG. 54/319.
[62] Vgl. Leipz. Komm., S. 134.
[63] Insofern konsequent RG. DJ. 1938 S. 675.
[64] Sollte das doch einmal der Fall sein, dann wäre allerdings die Sachlage eine andere. Vgl. Anm. 63.
[65] Loewe—Rosenberg, S. 1202 Vorbem. 12 b vor § 12 GVG.

hoben werden, daß, wer über den Stichtag delinquiert, strenger zu bestrafen sei, angesichts der Tatsache, daß die Amnestie auf solche Erwägungen in der Regel nicht abstellt.

Doerr meint in der Anmerkung zu dem Urteil des Reichsgerichts in JW. 1933 S. 2841, daß dieser Erfolg nur erreicht werden könnte, wenn der Gesetzgeber bei Amnestien für die fortgesetzte Straftat eine Niederschlagung aller Einzelhandlungen anordnet, die vor einem bestimmten Zeitpunkt liegen[66]. Ich meine, daß diese Anordnung in jeder Amnestie enthalten ist, insofern diese nicht nur dann zur Anwendung zu bringen ist, wenn das Gericht die ihm vorliegenden Fälle als real konkurrierende auffaßt, sondern auch dann, wenn es zur Annahme eines fortgesetzten Delikts kommt. Dahin führt die aus den angeführten Gründen gebotene Berücksichtigung der in Wahrheit vorliegenden Mehrheit der Einzelhandlungen[67].

f) Die Bedeutung der Rechtsmittel für den Umfang des Prozeßgegenstandes

Berufung, Revision

Es handelt sich um die Frage, wie der Prozeßgegenstand bei einem fortgesetzten Delikt in der Berufungs- oder Revisionsinstanz zu bestimmen ist. Ist der Gegenstand der Urteilsfindung für das Berufungsgericht beschränkt durch die Begrenzung, die der Erstrichter ihm gegeben hat? Kann insbesondere der Berufungsrichter auch solche Akte mit berücksichtigen, die erst nach Verkündung des ersten Urteils erfolgt sind, oder handelt es sich insofern um eine „neue Straftat" im Sinne des § 264 StPO.? Und wie beantwortet sich dieser ganze Fragenkomplex für die Revisionsinstanz?

Verhältnismäßig einfach wäre die Lösung, wenn man der These des Reichsgerichts[68] folgen würde, daß da, wo eine Mehrheit von Handlungen zu einer juristischen Einheit zusammengefaßt wird, diese Einheit „als solche in allen juristischen Beziehungen zu behandeln ist".

Das würde bedeuten, daß die „Einheit" als Ganzes durch den Prozeß geht und über sie als solche entschieden wird. Folgerichtig würden alle Einzelakte des fortgesetzten Delikts, also auch die nach dem rechtskräftigen Urteil begangenen, zu dieser Einheit gehören. Die weitere Folge wäre die, daß nach dem Grundsatz ne bis in idem derjenige, der wegen eines fortgesetzten Delikts einmal abgeurteilt wurde, dieses dann aber doch fortsetzt, wegen aller nach dem Urteil begangenen weiteren Akte straflos bleiben müßte. Es würde sich immer noch um ein idem, dieselbe fortgesetzte Tat, handeln. Das Ergebnis solcher „Konsequenz" ist unsinnig.

In der Rechtsprechung findet sich denn auch diese Folgerung nirgends. Mit Rücksicht auf die Notwendigkeit vernünftiger Ergebnisse ist die generelle „These" durchbrochen. Der Zwang, den „Lebensnot-

[66] Vgl. auch Lobe, § 2 Anm. III S. 133.

[67] Gegen das RG.: Lobe, Einf. S. 187; Loewe—Rosenberg, S .1202, Vorbem. 12 b vor § 12 GVG.; Leipz. Komm.. S. 134; ebenso KG. DJ. 1938 S. 1119; für die Anm. von Ranke, a. a. O. gilt das S. 47 Anm. 64 Gesagte.

[68] RG. 9/349.

wendigkeiten durch entsprechende Konstruktionen gerecht zu werden", ist deutlich zu verspüren[69].

Die Überlegungen darüber, auf welche Weise man den unbilligen Konsequenzen der These entgehen könnte, finden wir in prägnanter Form in RG. 66, 47. „Dies kann nur mit der Maßgabe geschehen, daß der Rechtsbegriff des fortgesetzten Delikts, der seine Enstehung Erwägungen der Zweckmäßigkeit verdankt, zurückzutreten hat."

Das also ist der Ausweg: die Zweckmäßigkeit führt zum fortgesetzten Verbrechen. Sie findet ihre Grenze da, wo sie mit der Gerechtigkeit in Widerspruch gerät. Diese verlangt, daß dem Täter um der Wahrung der Rechtsordnung willen nicht gestattet wird, die strafbaren Handlungen unter dem Schutz des verurteilenden Erkenntnisses straflos fortzusetzen. Um dem sinnwidrigen Ergebnis, daß die Zweckmäßigkeit in Ungerechtigkeit umschlägt, zu begegnen, gibt das Reichsgericht die Einheit des fortgesetzten Verbrechens auf. Während eine „nach der Urteilsfällung verwirklichte Einzelhandlung bei Zugrundelegung jenes Rechtsbegriffs als ein unselbständiges Glied der vom Urteil ergriffenen Tat erscheint, stellt die Rechtskraftwirkung ihre Selbständigkeit her[70]".

Wir stellen fest, daß das Reichsgericht zu einem gerechten Ergebnis kommt, indem es die dem fortgesetzten Verbrechen zugrundeliegende Mehrheit der Einzelakte berücksichtigt. Der formale Ausbau der „These" ist sachlichen Überlegungen gewichen.

Das ist der grundsätzliche Ausgangspunkt. Es ist nun zu prüfen, wo im Einzelfall die „Zäsur" gemacht wird.

Gehen wir zunächst davon aus, daß das wegen fortgesetzten Verbrechens verurteilende Erkenntnis nicht angefochten wird. Für die Frage, ob eine Fortsetzung des strafbaren Tuns als „neue Straftat" sich darstellt, ist „der Zeitpunkt der Aburteilung (genauer der Urteilsverkündung) maßgebend[71]". Weitere Einzelhandlungen, die nach Erlaß des Urteils begangen werden, „gelten nicht mehr als Bestandteile der abgeurteilten Tat[72]".

Nicht entscheidend ist der Schluß der der Verkündung des Urteils vorausgehenden Verhandlung, denn die rechtliche Möglichkeit der Berücksichtigung erstreckt sich bis zu dem Zeitpunkt der Anwendung des Strafgesetzes[73]. Aus demselben Grunde ist andererseits ebensowenig entscheidend der Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils[74 75].

Die Begründung für diese Teilung der Handlungseinheit hat gewechselt. Zunächst fand diese Unterbrechung ihre Begründung darin, daß dem Täter nach dem Urteilserlaß regelmäßig eine neue Entschließung

---

[69] Gelbert, DJ. 1936, 1335.
[70] RG. 66/48.
[71] RG. 66/48.
[72] Gelbert, DJ. 1936/1335; Heinrich, Diss. S. 30.
[73] Ständ. Rspr. des RG., vgl. Anm. 74; Heinrich, Diss. S. 30 mit Lit. in Anm. 98.
[74] Gelbert, a. a. O.; RG. 42/374; 49/354; 51/254; 53/44; 66/48.
[75] Bei den mit der Verkündung rechtskräftigen Urteilen, also im Falle des § 313 StPO. und bei Entsch. d. Volksgerichtshofs (Ges. v. 24. 4. 1934 Art. III § 5 Abs. II) besteht keine Möglichkeit für die Begehung weiterer Delikte zwischen Verkündung und Rechtskraft, ebensowenig bei allseitigem Verzicht auf Rechtsmittel gleich nach Verkündung.

auferlegt werde[76]. Wenn aber der Täter seinen einmal gefaßten Entschluß, ohne Rücksicht auf Verurteilung, weiter verfolgte, dann führte diese Ansicht zu den unhaltbaren Ergebnissen, die man zu vermeiden suchte.

Diese Auffassung wurde dann auch aufgegeben[77]. Es zeigt sich die Erkenntnis, daß die Grenzziehung objektiv erfolgen muß, nicht aber in das Belieben des Täters gestellt werden kann. In diesem Sinne bestimmt RG. 51/254: „Diese Folge — nämlich die Spaltung des fortgesetzten Verbrechens — tritt mit Rechtsnotwendigkeit ein, ohne Rücksicht auf Willensentschlüsse, insbesondere den Vorsatz des Angeklagten, kraft Gesetzes, also auch ohne Rücksicht darauf, ob der Angeklagte von der Verurteilung, d. h. von der Verkündung des Urteils, Kenntnis erhalten hat oder nicht." Maßgeblich allein ist die praktische Erwägung, „daß es dem Täter nicht gestattet sein kann, die strafbaren Einzelhandlungen bis zum Eintritt der Rechtskraft des Urteils straffrei zu wiederholen[78]". Daher wird als Absicht des Gesetzes angesehen, daß die Tatsache des Urteilserlasses die Rechtswirkung habe, für alle späteren Handlungen die Beurteilung als neue Straftat zu begründen.

So verfährt das Reichsgericht, wenn nur ein Urteil vorliegt. Darüber hinaus bedürfen die Fälle der Betrachtung, in denen, weil Rechtsmittel eingelegt wurden, mehrere Urteile über den Gegenstand der Anklage aufeinander folgen.

In seiner älteren Rechtsprechung steht das Reichsgericht auf dem Standpunkt, daß die maßgebliche Zäsur, die über den Beginn der neuen „Tat" im Sinne des § 264 StPO. entscheidet, mit der Verkündung des Urteils erster Instanz gegeben sei. Damit sei auch für das Berufungs- und Revisionsgericht der Umfang „derselben" Tat bestimmt[79].

Seine Ansicht begründet das Reichsgericht damit, daß der Ausfall des Urteils der Rechtsmittelinstanz für die Beurteilung der dem erstinstanzlichen Urteil nachfolgenden Akte unerheblich sein müsse. Erst nach Begehung dieser weiteren Handlungen falle die Entscheidung darüber, ob das Urteil der ersten Instanz Rechtskraft erlangt oder aufgehoben wird. Die außer jedem Zusammenhang mit den Handlungen des Angeklagten stehende Entscheidung des Rechtsmittelgerichts darüber könne nicht dafür maßgebend sein, ob diese weiteren Handlungen materiell als eine neue Straftat beurteilt werden müssen, oder ob sie als ein Teil der von dem aufgehobenen Urteil betroffenen Straftat anzusehen seien.

In einem späteren Erkenntnis[80] findet sich der Hinweis darauf, daß die erwähnten Entscheidungen mit Rücksicht auf das Verbot der reformatio in peius in den §§ 331 II, 358 II StPO. (a. F.) das erste Urteil als Grenze des Prozeßgegenstandes angesehen hätten.

In der Tat sind auch für das Reichsgericht a. a. O. derartige Überlegungen mitbestimmend[81]. Sie zeigen, daß wieder einmal um gerechter Ergebnisse willen die „These" von der in allen Konsequenzen durchzuführenden Handlungseinheit des fortgesetzten Delikts durchbrochen

[76] RGR. 3/740; RG. 20/317; 36/43.
[77] RG. 42/375.
[78] RG. 42/374.
[79] RG. 42/375; 49/353.
[80] RG. 51/243.
[81] RG. 42/375; 49/353; 51/241; 66/49.

wird und die zugrundeliegende Mehrheit der Einzelakte den Ausschlag gibt. Zwar ist das Rechtsmittelgericht bei Berufung oder Rückverweisung in die Tatsacheninstanz bei Revision rechtlich nicht gehindert, den Gegenstand der Urteilsfindung im Rahmen des § 264 StPO. auch auf die nach Verkündung des ersten Urteils begangenen Teilakte zu erweitern, doch wäre, falls nämlich die erkannte Strafe schon für die bis zum ersten Urteil verübten Vergehen oder Verbrechen angemessen war, die Folge des Verbots der reformatio in peius die, daß diese nach dem ersten Urteil begangenen, jetzt in der Berufungsinstanz berücksichtigten Fälle praktisch straflos bleiben würden. Deshalb läßt das Reichsgericht die nach Verkündung des erstinstanzlichen Urteils begangenen Fälle solchenfalls außer Betracht, obgleich die „rechtliche Möglichkeit" zur Berücksichtigung durchaus bestand[82].

Jedoch ist offensichtlich, daß die in dieser älteren Rechtsprechung angenommene Begrenzung des Prozeßgegenstandes über diese Fälle hinaus grundsätzlicher Art sein sollte[83]. In den jüngeren Entscheidungen ist sie aufgegeben. Die Ansicht des Reichsgerichts hat sich geändert[84].

Nunmehr geht das Reichsgericht nicht mehr von dem ersten Urteil aus, sondern läßt dasjenige Urteil die Grenze der „Tat" bilden, das in der durch Rechtsmittel hervorgerufenen Aufeinanderfolge „als letztes gestaltungsfähig im Sinne des § 264 StPO. ist".

Wenn es hierbei zunächst noch den Fall ausnimmt, daß der Angeklagte allein Berufung oder Revision einlegt oder der Staatsanwalt zu seinen Gunsten, so ist diese Ausnahme mit der Beseitigung des Verbots der reformatio in peius durch das Gesetz vom 28. 6. 1935 gegenstandslos geworden.

Wie erfolgt jetzt die Grenzziehung im Fall einer Berufung?

Aus den §§ 332 und 264 StPO. ergibt sich, daß der Gegenstand der Urteilsfindung des Berufungsgerichts bestimmt und begrenzt wird durch den Gegenstand des Eröffnungsbeschlusses[85]. Ohne an die rechtliche Beurteilung der Begebenheit durch das angefochtene Urteil gebunden zu sein, hat das Berufungsgericht auf den Eröffnungsbeschluß zurückzugreifen und die darin bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Berufungsverhandlung darstellt, erschöpfend abzuurteilen. Nach der Aufhebung der Beschränkung des § 331 II StPO. hat das Berufungsgericht, unabhängig davon, wer Berufung eingelegt hat, seine Entscheidung nicht nur auf alles das zu erstrecken, was von dem angefochtenen Urteil im Rahmen des § 264 StPO. bei erschöpfender tatsächlicher und rechtlicher Würdigung als „Tat" zu erfassen gewesen wäre, sondern darüber hinaus auch auf die begrifflich zu dieser Tat gehörigen, aber erst nach der Verkündung des angefochtenen Urteils vorgefallenen Ereignisse[86].

Denn insoweit handelt es sich noch immer um die „gleiche Tat" nach § 264 StPO., der den Umfang der Prüfungspflicht des Berufungsgerichts

[82] RG. 66/49.
[83] Gelbert, DJ. 1936/1335.
[84] RG. 51/241; 51/253; 66/45.
[85] Vgl. RG. 62/130; 66/49; Gelbert, a. a. O.
[86] RG. 66/49; 62/130, 131.

bestimmt. „Der Angeklagte muß daher damit rechnen, daß im Rahmen des § 264 StPO. Tatsachen erstmals in Betracht gezogen werden, die das Amtsgericht noch nicht gewürdigt hat und möglicherweise noch nicht würdigen konnte, weil sie noch nicht eingetreten waren[87]."

Diese in sich konsequente Judikatur des Reichsgerichts erscheint immerhin nicht unbedenklich, wenn man überlegt, daß dem Angeklagten auf diese Weise für die in der Berufungsinstanz erstmalig auftauchenden Teilakte eine Instanz genommen wird. Doch wird man diese Bedenken mit Rücksicht auf das überwiegende Interesse an prozessual-einheitlicher Behandlung des Zusammengehörenden hintanstellen.

Auch wenn die Berufung lediglich zum Strafmaß unter Nichtanfechtung der Schuldfeststellung eingelegt wird, hält Gelbert[88] dennoch die Möglichkeit der Strafverschärfung wegen der Begehung weiterer einzelner Akte zwischen dem Urteil der ersten und dem der zweiten Rechtsstufe für gegeben. Dem wird man nicht zustimmen dürfen[89]. Diese Ansicht läuft darauf hinaus, daß auch in diesem Falle der Fortsetzungszusammenhang durch das Berufungsurteil begrenzt wird. Das aber widerspricht dem § 318 StPO. Danach ist die Beschränkung der Berufung zulässig, und das Urteil wird insoweit rechtskräftig[90]. Demzufolge ist mit rechtskräftiger Feststellung der Schuld hinsichtlich weiterer Taten die Grenze gezogen, genau so als ob eine Anfechtung gar nicht erfolgt wäre. Und nur auf den in dieser Art abgegrenzten Teil des fortgesetzten Verbrechens hat das Gericht abzustellen, wenn es die Angemessenheit des Strafmaßes nachprüft.

Abschließend ist also festzustellen, daß im Falle der Berufung das Berufungsurteil als „letztes gestaltungsfähiges" im Sinne des § 264 StPO. anzusehen ist. Dabei bestimmt der Zeitpunkt der Verkündung die Grenze. Alle später begangenen Handlungen erscheinen als „neue Tat" im Sinne des § 264 StPO.

Prüfen wir unter dem angegebenen Gesichtspunkt das Revisionsurteil, so kann dieses grundsätzlich als gestaltungsfähig in obigem Sinne nicht bezeichnet werden. Denn der ihm vorliegende Prozeßstoff unterliegt nur mehr, wie aus §§ 337, 354 StPO. erhellt, der rechtlichen Beurteilung. Die Beachtung neuer Tatsachen ist dem Revisionsgericht verwehrt. Daraus ergibt sich eine Beschränkung des Prozeßgegenstandes in zeitlicher Hinsicht. Zugrundezulegen sind das angefochtene Urteil und die ihm vorausgegangenen Entscheidungen, sofern das Urteil auf ihnen beruht, § 336 StPO. Dem angefochtenen Urteil zeitlich nachfolgende Vorgänge können auch aus dem Grunde nicht berücksichtigt werden, weil das Urteil auf ihnen nicht beruht. Die nach dem Erlaß des mit der Revision angefochtenen Urteils begangenen Handlungen unterliegen daher der Würdigung des Revisionsgerichts nicht.

Daraus ergibt sich, daß das Revisionsurteil regelmäßig nicht als Begrenzung des Prozeßgegenstandes in Betracht kommt.

---

[87] Gelbert, a. a. O. S. 1336; 62/130.
[88] DJ. 1936, 1336.
[89] Vgl. Niederreuther, GS. 109, S. 314 Anm. 24.
[90] Loewe—Rosenberg, § 318 Ziff. 3.

Etwas anderes gilt nur im Falle der Zurückverweisung in die Tatsacheninstanz gemäß § 354 II StPO.; das dann mit der Sache befaßte, zur tatsächlichen Würdigung befugte Gericht hat auch die Handlungen seiner Beurteilung zu unterziehen, die zwischen dem aufgehobenen Urteil und der neuen Verhandlung liegen. Mit diesem, als dem letzten gestaltungsfähigen Urteil nach § 264 StPO. wird dann endgültig die Grenze für den abgeurteilten Prozeßstoff gesetzt[91].

Anhang:

Im Zuge der Untersuchung, welche Umstände dazu beitragen, die Grenze des Prozeßgegenstandes beim fortgesetzten Verbrechen zu erweitern oder einzuengen, soll geprüft werden, von welcher Bedeutung in dieser Richtung eine Änderung in der Gesetzgebung sein kann.

Es handelt sich dabei zwar um materiellrechtliche Erörterungen. Diese laufen aber wieder auf die Frage hinaus, wann liegt noch ein und dasselbe Delikt und damit der gleiche Prozeßgegenstand vor. Das rechtfertigt es, diese Ausführungen in den vorliegenden Zusammenhang zu bringen.

g) Die Auswirkung einer Gesetzesänderung auf die Gestaltung des Prozeßgegenstandes beim fortgesetzten Delikt

Die grundsätzliche Frage lautet: Können Einzelhandlungen, die zum Teil vor, zum Teil nach der Änderung der für sie in Betracht kommenden Norm begangen worden sind, zu einer fortgesetzten Straftat zusammengefaßt werden? Die Beantwortung dieser Frage kann nur unter Berücksichtigung der verschiedenen Möglichkeiten, die hier zu unterscheiden sind, erfolgen.

I. Betrachten wir zunächst den Fall, daß das neuere Gesetz eine bisher straflose Handlung mit Strafe bedroht und während eines fortgesetzten Handelns ergeht. Hier ist eine Zusammenfassung der vor dem Gesetzeswechsel begangenen Teilakte mit später begangenen zu einer fortgesetzten Tat nicht möglich. Sie würde dem § 2 I StGB., dem Grundsatz nulla poena sine lege widersprechen. Die strafbare fortgesetzte Handlung beginnt also erst mit dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes[92].

Diese Ansicht wird vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung vertreten[93], der zufolge die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes begangenen Einzelakte aus dem strafbaren Tatbestand „ausgeschieden" werden müssen[94].

II. Sodann kommt der Fall in Betracht, daß das neue während des Laufes einer fortgesetzten Handlung erlassene Gesetz die bisher mit Strafe bedrohte Handlung für straflos erklärt. Wieder erhebt sich die

---

[91] Über die Probleme, die mit der Zurücknahme des Rechtsmittels zusammenhängen — Gelbert, a. a. O. S. 1336, IV.

[92] Der Unterschied zu den S. 40 behandelten Fällen besteht darin, daß hier eine Strafnorm gar nicht vorliegt und damit auch eine hypothetische Strafbarkeit der Taten außer Betracht bleibt.

[93] RG. 43/357; 44/278; 59/262; 62/3; JW. 1918/232; DJ. 1937/245.

[94] Ebenso Leipz. Komm., § 2 Anm. II Ziff. 4 S. 131; Olshausen, § 2 Anm. 8 S. 50 f; § 73 Anm. 9 S. 407; Köhler, S. 112; Doerr, S. 192 und Anm. 3 mit weiterer Lit.

Frage, ob eine Bestrafung der vor dem Erlaß des Gesetzes begangenen Teile des fortgesetzten Delikts noch möglich ist. Sie beantwortet sich nach allgemeinen Grundsätzen.

Wie aus § 2 a II StGB. zu entnehmen ist, braucht bei einem Gesetzeswechsel das ältere Gesetz nicht mehr zur Anwendung zu kommen, wenn es gegenüber dem neueren das strengere ist. Der Richter kann das mildere Gesetz zurückwirken lassen. Um so mehr darf aber das alte Gesetz außer Anwendung bleiben, wenn es zur Zeit der Aburteilung aufgehoben ist[95].

Es brauchen also die früher begangenen Teilhandlungen ebensowenig gestraft zu werden, wie die nach Erklärung der Straflosigkeit unternommenen[96].

III. Es bleibt uns noch eine Untersuchung jener Änderung des Gesetzes, die die Strafbarkeit als solche unberührt läßt — vgl. die Neufassung der §§ 164, 175, 223 b, 266 StGB. Auf diesem Gebiet gilt es zweierlei zu unterscheiden, nämlich die Änderung der Norm und weiterhin die Änderung der Strafdrohung.

Die Änderung der Norm

Wird durch eine Änderung des Gesetzes während der Ausübung eines fortgesetzten Verbrechens die Einheit des Delikts unmöglich gemacht, die Annahme einer fortgesetzten Handlung mit ihren gesamten prozessualen Auswirkungen verhindert?

Diesen Standpunkt scheint Lobe[97] zu vertreten. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts beweist, daß das keineswegs schlechthin zutrifft[98].

Das Reichsgericht geht von folgender Erwägung aus[98]: „Tritt während der Vornahme einer Reihe verwandter Tätigkeitsakte eine Änderung der hierfür in Betracht kommenden Norm ein, so wird in der Regel eine Zusammenfassung der vor der Änderung vorgenommenen mit den nach der Änderung vorgenommen Akten zu einer fortgesetzten Straftat nicht möglich sein." Das erklärt sich aus dem vom Reichsgericht für das fortgesetzte Delikt aufgestellten Erfordernis der Gleichartigkeit der Einzelhandlungen. Solche Gleichartigkeit liegt nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts regelmäßig nur vor, wenn die Begehungsform die gleiche ist. Dabei bedeutet Gleichartigkeit der Begehungsform grundsätzlich Erfüllung desselben gesetzlichen Tatbestandes[99].

Eine Änderung der Norm muß also, wenn sie diese erforderte Gleichartigkeit aufhebt, auch die Annahme eines Fortsetzungszusammenhanges hindern. Andererseits muß, wenn diese Gleichartigkeit durch die Änderung nicht berührt wird, auch ein Fortsetzungszusammenhang trotz der Änderung weiterhin möglich sein.

So kommt denn auch das Reichsgericht zu der Schlußfolgerung: „Trotz der in eine Handlungsreihe hineinfallenden Änderung der hierfür in Betracht kommenden Norm ist jedoch eine Zusammenfassung der vor-

[95] Allfeld, § 15 II S. 69; Liszt—Schmidt, S. 113; Mezger, S. 67.
[96] Vgl. Doerr, S. 193 Anm. 2 mit Lit.; Binding, Handb. I S. 248.
[97] Leipz. Komm., § 2 Anm. III S. 133.
[98] RG. 62/2.
[99] RG. 58/20; 61/89; 64/279; 64/20; 67/169; 67/64.

her und der nachher liegenden Einzelhandlungen zu einer fortgesetzten Straftat namentlich dann nicht ausgeschlossen, wenn auf diese Handlungen zugleich die alten und die neuen Vorschriften passen und der Gesamtvorsatz auch diejenigen Tatumstände mit umfaßt hat, die im neuen Tatbestand zum Tatbestandsmerkmal erhoben worden sind[100].“ Zu diesem letzteren Punkt führt das RG. weiter aus: Die Annahme eines Fortsetzungszusammenhanges sei deshalb im Falle des Gesetzeswechsels möglich, weil der Vorsatz, da ein Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht verlangt werde, nicht auch die Kenntnis des in der Norm enthaltenen Verbots zu umfassen brauche, „eine Kenntnis, die der Täter zur Zeit der Fassung des Gesamtvorsatzes hinsichtlich einer später erlassenen Norm natürlich nicht besitzen konnte[101]“.

Änderung der Strafdrohung

Ist die Möglichkeit einer Fortsetzungstat bei Änderung der Norm somit nicht immer gegeben, so muß für den Fall lediglich der Änderung der Strafdrohung ohne rechtliche Bedenken diese Möglichkeit bejaht werden[102]. Die vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung erforderte Gleichartigkeit liegt dann vor. Unter diesen Umständen sind sämtliche Einzelhandlungen nach der gleichen Norm strafbar und bilden ein fortgesetztes Verbrechen.

Fraglich bleibt schließlich, welches der verschiedenen Gesetze zur Anwendung kommen soll, unter deren Herrschaft das fortgesetzte Verbrechen begangen wurde. Soll das mildere Gesetz allein angewandt werden oder allein das strengere, oder ist nach der Begehungszeit des fortgesetzten Delikts auf den einen Teil desselben das mildere Gesetz zur Anwendung zu bringen und auf den unter dem strengeren Gesetz begangenen Abschnitt des fortgesetzten Verbrechens allein dieses strengere Gesetz?

Das Reichsgericht hat sich in einer Reihe von Entscheidungen mit der Frage auseinandergesetzt, ob nicht in solchen Fällen des Wechsels der Gesetzgebung während des Verlaufs eines fortgesetzten Verbrechens nach § 2 a II StGB. anzunehmen ist, daß das mildeste Gesetz zur Anwendung kommt[103].

Es gelangt zu dem Ergebnis, daß diese Vorschrift des Strafgesetzbuches hier nicht anwendbar ist. Sie setzt nach ihrem Inhalt voraus, daß „von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung“ ein Wechsel der Gesetzgebung eingetreten ist. § 2 a II StGB. ist mithin nur anwendbar, nachdem die strafbare Handlung bereits abgeschlossen ist. Das fortgesetzte Delikt aber ist als rechtliche Einheit, in der die Einzelhandlungen als in einem Ganzen aufgehen, erst mit der Beendigung des

---

[100] Nur unter solchen Voraussetzungen ist also der Satz: „Der Wechsel der Gesetzgebung steht der Auffassung der Tat als einer fortgesetzten Handlung nicht entgegen,“ RG. 56/56; 71/92 anzuerkennen.

[101] RG. 62/2 ff. Vom reichsgerichtlichen Standpunkt zutreffend wird a. a. O. bemerkt, daß bei einer solchen Änderung der „einheitliche Vorsatz“ des Täters eine Unterbrechung erfahren kann. Auch aus diesem Grunde kann dann ein fortgesetztes Verbrechen entfallen.

[102] RG. 62/2; Leipz. Komm., § 2 III S. 133.

[103] Die einschlägige Rechtsprechung des RG. ist im wesentlichen zu dem § 2 StGB. a. F. ergangen. Vgl. S. 56 Anm. 106 d. Arb. Die neue Fassung von § 2 a — „kann“ — hat den Fragen viel an Bedeutung genommen.

letzten noch zu ihm gehörigen Einzelaktes im Sinne des § 2 a StGB. „begangen[104]".

Da der § 2 a II StGB. für diesen Fall einer während der strafbaren Handlung erfolgenden Gesetzesänderung keine Regelung enthält, ist die Frage nach allgemeinen Vorschriften zu beantworten[105]. Danach ist davon auszugehen, daß über die zeitliche Anwendung des Gesetzes die Zeit der Begangenschaft entscheidet. Es ist also auf das fortgesetzte Verbrechen im Fall des während seines Verlaufs eintretenden Gesetzeswechsels dasjenige Gesetz anzuwenden, das zu der Zeit gilt, zu der die Tat zum Abschluß gelangt. Das ist ständige Rechtsprechung[106 107].

Diese Judikatur des Reichsgerichts ist nicht unwidersprochen geblieben[108]. So wird die Meinung vertreten, daß bei einem Wechsel der Gesetzgebung schlechthin das mildere Gesetz zur Anwendung kommen könne[109]. Eine nähere Begründung hierfür erfolgt nicht. Auch die Ansicht fehlt nicht, daß bei Strafschärfung für die zurückliegenden Betätigungen das frühere milde Gesetz gelte, ein Umstand, der bei Bemessung der für die ganze Vergehung angemessenen Strafe zu berücksichtigen[110] sei. Aber auch die Forderung, das schwerste Gesetz zur Anwendung zu bringen, wird erhoben[111]. Lobe tut es, der sich gegen die Methode des Reichsgerichts wendet, die nach seiner Ansicht unzulässigerweise den Abschluß einer Tat dem Begehen einer Tat gleichstellt.

Er geht davon aus, daß die ganze Tätigkeit als Einheit angesehen werden muß und deshalb auch nur ein Gesetz zur Anwendung kommen kann. Deshalb will er die Grundsätze der Gesetzeskonkurrenz entsprechend anwenden und die Tätigkeit schlechthin nach dem schwersten Gesetz beurteilen. „Die Strafe für den Teil der (einheitlichen) Handlung, die das schwerste Gesetz verhängt, absorbiert die geringere Strafe für den anderen Teil der fortgesetzten Handlung[112]."

Ungeachtet dieser Angriffe erscheint die Rechtsprechung des Reichsgerichts zweckmäßig und gut. Wünschenswert wäre es, wenn dem Richter eine gewisse Freiheit eingeräumt würde, so daß er gegebenenfalls, wenn es der Billigkeit mehr entspricht, auch das frühere Gesetz zur Anwendung bringen könnte. Ein Ansatz dazu findet sich in RG. 71/92 und RG. DJ. 1937/399. Mit dieser Maßgabe ist die aus der Einheit des fortgesetzten Delikts gezogene Konsequenz, daß bei Wechsel des Gesetzes im Verlauf der Handlung das bei Abschluß derselben geltende anzuwenden ist, nicht zu beanstanden.

---

[104] RG. 43/457.

[105] Vgl. § 2 a I StGB.

[106] RG. 43/357; 44/278; 50/348; 56/56; 62/6; 68/6; 68/338; 71/92. Die im Leipz. Komm., § 2 Anm. III S. 133 zitierten RG.-Entscheidungen angeblich gegenteiligen Inhalts entsprechen in Wahrheit ohne Ausnahme dieser ständigen Rechtsprechung.

[107] Wie das Reichsgericht: Olshausen, § 2 Anm. 12 S. 52; Binding, Handb. I S. 246; Doerr, S. 194 mit Literaturnachweis; Bülow, GS. 59/179.

[108] Zur entsprechenden Kritik der genau gleichlaufenden Judikatur des Preußischen Obertribunals vgl. Wächter, GA. VIII S. 3, bes. S. 10; Geßler, GA. IX S. 514.

[109] Liszt—Schmidt, S. 351; vgl. auch Silberschmidt, ZStrW. 22/58 mit weiterer Literatur.

[110] Kohler, GA. 53/162; das entspricht dem ‚was schon Geßler und Wächter, a. a. O. gefordert hatten.

[111 112] Vgl. Leipz. Komm., § 2 Anm. III S. 133.

4. Das Urteil

Welche Besonderheiten bietet das über ein fortgesetztes Delikt ergehende Urteil?

Zunächst erhebt sich hier die Frage, in welchem Umfange ist der Richter bei einem fortgesetzten Verbrechen zur Tatsachenfeststellung genötigt?

Im Schrifttum findet sich die Ansicht, daß der praktische Wert des fortgesetzten Delikts für den Prozeß gerade hier zum Vorschein kommt. Bei fortgesetzten Verbrechen handelt es sich sehr oft nicht um einige wenige, sondern um zahlreiche bzw. massenhafte Einzelakte. Die Annahme des fortgesetzten Verbrechens soll dem Richter die mühsame Kleinarbeit einer genauen Feststellung der großen Anzahl selbständiger Einzeltaten ersparen. Er hat nach jener Meinung nur eine Anzahl Stichproben zu machen, die Anfang, Fortsetzung und Schuß des fortgesetzten Verbrechens festlegen, um wegen desselben verurteilen zu können, wobei er die Mehrzahl der Fälle in der Strafzumessung angemessen zu berücksichtigen hat[1].

Es heißt dann weiter, der große Wert des fortgesetzten Verbrechens beruhe auch darauf, daß man in der Lage sei, einen Angeklagten zu verurteilen, der sicher eine Strafrechtsnorm übertreten habe, ohne daß sich jedoch feststellen ließe, bei welchen einzelnen Gelegenheiten und wie häufig er es getan[2].

Gegen diese Ansichten hat das Reichsgericht entschieden Front gemacht[3]. Es betont besonders, daß der Ansicht, die Annahme eines Fortsetzungszusammenhanges enthebe den Tatrichter der Notwendigkeit, den Umfang der strafbaren Tätigkeit des Angeklagten näher festzustellen, mit aller Bestimmtheit entgegengetreten werden muß. „Denn hierüber, also über die Zahl der Einzelfälle, hat sich der Tatrichter stets auf Grund der Erklärungen des Angeklagten und des sonstigen Beweisergebnisses seine Überzeugung zu bilden, ehe er in die Prüfung der Frage eintreten kann, ob es sich bei den hiernach festgestellten Fällen strafbaren Verhaltens um mehrere selbständige oder um eine fortgesetzte Straftat handelt. Durch die rechtliche Möglichkeit, mehrere an sich selbständige Rechtsverletzungen zu einer fortgesetzten Straftat zusammenzufassen, ist nichts an der verfahrensrechtlich gebotenen Grundlage einer jeden Verurteilung geändert worden, daß sie nämlich auf einem als erwiesen festgestellten, bestimmten Sachverhalt beruhen muß. Jene Möglichkeit darf nicht dazu führen, mit Erwiesenem Nichterwiesenes zusammenzufassen, für das die Hauptverhandlung nur einen mehr oder weniger erheblichen Verdacht ergeben hat."

Der Richter darf demnach keinesfalls nur auf einen Verdacht hin sein Urteil fällen. Er muß sich im Rahmen des § 261 StPO. die Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit des dem Angeklagten zur Last gelegten Handelns verschaffen und darf dann erst urteilen[4].

---

[1] v. Hippel, Bd. II § 39 II; vgl. auch Schaefer, DJ. 1938/669 IV; RG. 70/244.
[2] Rumpf, Bd. II, 318.
[3] RG. 70/150; HRR. 1937 Nr. 203; RG. DJ. 1938, S. 1879.
[4] RG. 61/206; 66/163; JW. 1935, 543.

Daß diese Pflicht zu bestimmten Feststellungen den Tatrichter in vielen Fällen nach der bisherigen Rechtsprechung zum Fortsetzungszusammenhang vor eine nur schwer lösbare Aufgabe stellen kann, will er nicht an die Stelle einer tatsächlichen Feststellung die willkürliche Annahme treten lassen, gibt das Reichsgericht zu.

Die hier notwendige Abhilfe ist jetzt durch die Möglichkeit der entsprechenden Anwendung des § 154 StPO. geschaffen worden. Danach ist der Richter in der Lage, soweit es auf die Straffrage ohne Einfluß ist, seine Ermittlungen in der S. 41 ff. erörterten Art und Weise auf eine Reihe von Fällen zu beschränken. Damit ist dem grundsätzlichen Erfordernis der umfassenden Tatsachenermittlung und Feststellung, wie sie in RG. 70/150 gefordert wird, ein gewisses Gegengewicht gegeben, das der Überspannung jener Forderung entgegensteht.

Wie ist ein dermaßen festgestelltes fortgesetztes Delikt im Urteil zu behandeln?

Aus der Einheitlichkeit desselben ergibt sich, daß auch nur eine einheitliche Entscheidung ergehen kann. Das Gericht darf nicht, wenn es sich nur um eine „einzige Straftat handelt, unter dem einen rechtlichen Gesichtspunkt verurteilen, unter einem anderen freisprechen[5]".

Werden Straftaten verschiedener Schwere zu einem fortgesetzten Delikt zusammengefaßt, so ist im Tenor die schwerste Strafdrohung und nur diese zur Anwendung zu bringen[6]. Die zitierte Entscheidung betrifft den Fall eines fortgesetzten Delikts nach §§ 223 b, 226 StGB. Die Vorinstanz hatte wegen „fortgesetzten Verbrechens gegen § 223 b I und II StGB. in Verbindung mit § 226 StGB." verurteilt. Um klarzustellen, daß hier Vergehen gegen den § 223 b StGB. mit einem Verbrechen gegen den § 226 StGB. nicht in Tateinheit, sondern in Fortsetzungszusammenhang stehen, wobei die Gesamtheit der Straftat durch die schwerste Begehungsform, also durch das Verbrechen bestimmt wird, fordert das Reichsgericht, daß der Angeklagte dementsprechend im Tenor nur eines fortgesetzten Verbrechens gegen den § 226 StGB. für schuldig befunden wird.

Aus den gleichen Gründen wird die Bezeichnung der Tat im Tenor als „teils versucht, teils vollendet" beanstandet[7]. „Eine und dieselbe Handlung kann nicht zugleich vollendet und versucht sein. Das ist begrifflich ausgeschlossen." Auch hier muß also der Tenor richtig auf ein vollendetes fortgesetztes Delikt lauten[8].

Im folgenden ist noch der Fall ins Auge zu fassen, daß einzelne Teilhandlungen, die im Eröffnungsbeschluß erscheinen, als nicht strafbar in Fortfall kommen, sei es, daß das Gericht sich von der Schuld des Täters nicht zu überzeugen vermag, sei es, daß ein Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund hereinspielt, während der Eröffnungsbeschluß bzw. das Urteil im übrigen ein fortgesetztes Delikt betreffen. Wann ist in solchen Fällen Freispruch geboten? Es sind drei Möglichkeiten zu unterscheiden:

---

[5] RG. 57/303.

[6] RG. 70/360.

[7] RG. JW. 1936/2232 Nr. 27.

[8] Zur Fassung des Tenors im allgemeinen Weber, JW. 1933, 408 ff.; Golzen, Deutsche Richterzeitung 1931, 51 ff.; Kroschel, Die Abfassung der Urteile in Strafsachen, 9. Aufl. S. 22; vgl. auch Schaefer, DJ. 1938, 666.

a) Der Eröffnungsbeschluß faßt mehrere Einzelhandlungen zu einer fortgesetzten Straftat zusammen. Das erkennende Gericht kommt, wenn auch unter Ausscheidung einer oder mehrerer Einzelhandlungen, in Anlehnung an den Eröffnungsbeschluß zur Verurteilung wegen einer fortgesetzten Straftat.

In diesem Fall ist die Anklage durch die Verurteilung erschöpft[9] und infolgedessen keine besondere Freisprechung hinsichtlich der nicht erwiesenen Einzelhandlungen erforderlich. Eine solche verbietet sich bei der Überlegung, daß andernfalls ein Nebeneinander von Verurteilung und Freisprechung in Bezug auf ein und dieselbe Straftat vorliegen würde. Das Gericht genügt seiner Verpflichtung zur Erschöpfung der Anklage, wenn es bei der Fassung des Tenors vom Standpunkt des Eröffnungsbeschlusses ausgeht und neben der Verurteilung wegen der fortgesetzten Handlung in dem festgestellten Umfang sich auf den Ausspruch in den Gründen beschränkt, daß die übrigen, als Teile einer fortgesetzten Handlung unter Anklage stehenden Einzelhandlungen nicht erwiesen sind[10].

b) Anders ist zu entscheiden, wenn das erkennende Gericht nicht nur eine oder mehrere der im Eröffnungsbeschluß zu einer fortgesetzten Straftat zusammengefaßten Einzelhandlungen als unbewiesen ausscheidet, sondern weiter annimmt, daß die für erwiesen erachteten Einzelhandlungen als selbständige Handlungen zu beurteilen sind. In solchen Fällen ist durch die Verurteilung wegen der erwiesenen selbständigen Handlungen die Anklage nicht erschöpft und eine besondere Freisprechung von den nicht erwiesenen Einzelhandlungen erforderlich[11].

Ausschlaggebend ist in diesem Fall, daß beim Mangel einer Entscheidung hinsichtlich der nicht erwiesenen Fälle der Angeklagte ständig einer weiteren Verfolgung ausgesetzt wäre[12].

Genau dasselbe gilt auch dann, wenn von mehreren zur Anklage stehenden Fällen einer fortgesetzten Straftat nur einer zur Verurteilung führt[13].

c) Möglich ist letztlich noch der Fall, daß der Eröffnungsbeschluß von mehreren selbständigen Handlungen ausgeht, der Richter aber im Laufe der Verhandlung einige der Fälle zu einer fortgesetzten Straftat zusammenfaßt, während er einen anderen Teil für nicht erwiesen hält. Hier muß wegen der im Eröffnungsbeschluß erwähnten einzelnen Fälle, die im

---

[9] RG. 57/304; das folgt aus dem Grundsatz des Reichsgerichts, daß von der Verurteilung wegen eines fortgesetzten Verbrechens alle unter den Fortsetzungszusammenhang fallenden Einzelhandlungen umfaßt werden, gleichgültig, ob sie in der Anklage angeführt und dem erkennenden Richter bekannt sind oder nicht — vgl. Näheres darüber in dem Kapitel über den Satz ne bis in idem.

[10] In RG. 57/304 ist ausgesprochen, daß hinsichtlich der Kosten eine Belastung der Staatskasse mit den auf die ausgeschiedenen Einzelhandlungen treffenden Kosten solchenfalls, trotz der möglicherweise vorhandenen Unbilligkeit ausgeschlossen ist, weil die maßgebliche Bestimmung § 498 I StPO. sich nur auf Fälle der Tatmehrheit beziehe, bei einer Tat aber Kostenteilung nicht gestatte. Auch für die heute geltende Fassung — § 463 StPO. — gilt ein Gleiches.

[11] RG. 57/304.

[12] Die Freisprechung ermöglicht dann auch die Belastung der Staatskasse gemäß § 467 I StPO. mit den hierauf bezüglichen Kosten.

[13] Vgl. RG. 59/262; JW. 1934, 2159 Nr. 32; DJ. 1937, 82; JW. 1925, 1011 mit Anm. von Oetker.

fortgesetzten Delikt nicht aufgegangen sind, Freispruch erfolgen. Anderenfalls würde eine Erschöpfung der Anklage nicht gegeben sein. Es gilt das unter a) und b) Ausgeführte hier entsprechend.

5. Ne bis in idem und fortgesetztes Verbrechen

a) Die Bedeutung des Grundsatzes

Der Grundsatz ne bis in idem besagt, daß eine bereits abgeurteilte Tat nicht nochmals Gegenstand eines richterlichen Erkenntnisses sein darf. Er stellt ein wesentliches Merkmal der materiellen Rechtskraft dar.

Die formelle Rechtskraft bewirkt, daß dieser konkrete Prozeß endgültig abgeschlossen ist. Die Rechtsmittel sind erschöpft. Die formale Rechtskraft „riegelt jede Fortführung dieses Prozesses ab[1]".

Die materielle Rechtskraft bedeutet mehr. Sie hat die Bedeutung, daß sie nicht nur die Fortführung des erledigten Einzelprozesses verhindert, sondern darüber hinaus jeder späteren Entscheidung über den Prozeßgegenstand und somit jedem sich auf diesen beziehenden neuen Verfahren entgegensteht[2]. Diese vornehmlich negative Funktion der materiellen Rechtskraft hat ihren klassischen Ausdruck in dem Satz: „Ne bis in idem!" gefunden.

Voraussetzung dieser Wirkung ist Identität der Person und Identität der Tat (des Prozeßgegenstandes)[3].

Dieser Grundsatz findet sich in der Strafprozeßordnung vom 1. 2. 1877 an keiner Stelle ausdrücklich ausgesprochen. Doch wird er allgemein aus verschiedenen ihrer Vorschriften und aus den Motiven gefolgert.

Das Reichsgericht[5] bezieht sich für die Geltung dieses Satzes auf die §§ 155, 264 ff., 359 ff. StPO. sowie auf die Motive. In diesen findet er sich bei § 223 Entw.[4] sowie beim § 337 Entw.[4] erwähnt, und zwar in einer Weise, die die Annahme rechtfertigt, daß er, trotz seiner Nichterwähnung im Gesetz vom Gesetzgeber als selbstverständlicher Inhalt der StPO. angenommen wurde. Auch die Wiederaufnahmebestimmungen dienen insofern als Argument für die Geltung des Begriffs, als ihre Einführung im Falle der jederzeitigen Wiederholungsmöglichkeit eines abgeschlossenen Strafverfahrens überflüssig gewesen wäre. Insbesondere geht die reichsgerichtliche Rechtsprechung aber von den §§ 264, 265 StPO. aus, die den Grund für die Annahme jenes Satzes deshalb abgeben sollen, weil sie durch die Freistellung des Richters in der rechtlichen Beurteilung und der tatsächlichen Würdigung der Tat die Möglichkeit bieten, ihn uneingeschränkt zur Anwendung zu bringen. Ihr Zweck sei es, zu vermeiden, daß dieselbe „Tat" und derselbe „Vorgang" wiederholt zum

---

[1] Beling, DStPR. S. 260.

[2] Beling, a. a. O.; Dohna, S. 217; Gerland, S. 433; v. Kries, S. 599; Loewe—Rosenberg 2. Buch 1. Abschn. Vorbem. 22 a S. 504 mit weiterer Lit.; ebenso RG. in ständ. Rspr. Vgl. Entsch. bei Dohna u. Loewe—Rosenberg a. a. O. sowie im folgenden.

[3] Gerland, StrPR. S. 435.

[4] Vgl. Hahn, 1. Abt. S. 207, 271.

[5] Vgl. RG. 2/348; 15/9; 21/80; 56/324; 66/20.

Gegenstand einer Anklage gegen dieselbe Person gemacht werden. Deshalb sei aus ihnen das Verbot des bis in idem zu folgern[6].

Im Schrifttum, das den Grundsatz einhellig anerkennt, findet sich wesentlich die gleiche Argumentation[7]. Als Beweis für seine Geltung wird weiterhin der § 260 StPO. angeführt. Danach kann ein Urteil, abgesehen von der Einstellung, nur auf Verurteilung oder Freisprechung, nicht etwa auf eine absolutio ab instantia lauten, womit das Erfordernis endgültiger Erledigung implicite aufgestellt ist[8]. Ob der § 5 Ziff. 1 StGB. hier angezogen werden kann[9], erscheint doch fraglich, da er nicht nur eine rechtskräftige Verurteilung, sondern auch den Vollzug der Strafe zur Voraussetzung hat[10].

Der Grundsatz ne bis in idem ist nach alledem als immanentes Prinzip unserer Strafprozeßordnung anzuerkennen. Mit der Feststellung, daß dieser Satz gilt, ist aber noch nicht die Frage beantwortet, warum er gilt. Worin ist eigentlich der Rechtsgrund für die Endgültigkeit des Urteils zu sehen?

b) Der Grund für die Anerkennung des Grundsatzes

Der Satz ne bis in idem sieht auf eine lange Geschichte zurück. Ihre auch nur andeutungsweise Behandlung würde hier zu weit gehen. In dieser Hinsicht sei deshalb auf die reichliche einschlägige Literatur verwiesen[11].

Die rechtspolitischen Notwendigkeiten, die zu seiner Anerkennung geführt haben, hat Schanze[12] treffend formuliert: „Alleiniger Grund und Zweck des Instituts der Rechtskraft ist die Erhaltung der Rechtsordnung und Rechtssicherheit[13]."

Dahin führt die einfache Überlegung, daß für die Rechtsverhältnisse eine unerträgliche Unsicherheit eintreten würde, wenn sie stets von neuem der richterlichen Entscheidung unterbreitet werden könnten. Diese Einsicht, daß die Erforschung der materiellen Wahrheit irgendwo ihr endgültiges Ende finden muß „soll nicht das Streben nach möglichster Sicherung der menschlichen Gesellschaft in das Gegenteil verkehrt werden und zu einer allgemeinen Unsicherheit führen[14]", fordert die endgültige Erledigung einer Rechtssache zu irgendeinem Zeitpunkt. Das Interesse des Staates an der Erforschung der materiellen Wahrheit kollidiert hier mit seinem Interesse, in endgültige und sichere Beziehungen zu seinen Staatsbürgern zu kommen. Um diesem letzteren Interesse gerecht zu werden, muß das erstere gegebenenfalls zurücktreten.

---

[6] Darüber, daß diese Argumentation falsch sein soll, weil § 264 StPO. nicht die Ursache, sondern die Wirkung des Satzes ne bis in idem sei und dieser daher anderweitig begründet werden müsse, vgl. Kohlrausch, Idk. S. 53; Waller, S. 12.

[7] Beling, DStPR. S. 268; v. Kries, S. 594; Birkmeyer, S. 682 f.

[8] Vgl. Litzenberg, S. 10; Waller, S. 12.

[9] Birkmeyer, S. 683.

[10] Vgl. Näheres bei Kohlrausch, Idk. S. 53.

[11] Berner, GA. III S. 472 ff.; neuerdings Siegert, DStr. 1935, 285 f.; weitere Lit. bei Birkmeyer, S. 186 Anm. 16.

[12] ZStrW. 4, 452.

[13] Ihm folgt v. Kries, S. 593, 594; Ben.—Beling, S. 408.

[14] Kohlrausch, Idealkonkurrenz, S. 52.

Fraglich erschien es nach dem Wandel der Rechtsanschauung durch den Nationalsozialismus, ob diese grundsätzliche Erwägung ihre Gültigkeit behalten werde. Es war zu berücksichtigen, daß diese tiefgreifende Wirkung der Rechtskraft „unzweifelhaft anstößig[15]“ erscheinen kann. Durch sie werden Urteile auch dann zu endgültigen, wenn sich nachträglich herausstellt, daß sie in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht fehl gehen oder den Prozeßgegenstand nicht erschöpfen. Bisher hatte man das als das kleinere Übel empfunden und die endgültige Erledigung der Sachen höher bewertet. Ob aber in einer neuen Rechtsordnung, die das Prinzip der Erforschung der materiellen Wahrheit zu ihrem Fundament macht[16], die Bewertung auch eine gleiche sein oder die Erforschung der materiellen Wahrheit vorgehen werde, war nicht sicher.

Es hat sich gezeigt, daß der Grundsatz ne bis in idem auch in einem von der Idee des Nationalsozialismus getragenen Strafverfahrensrecht seine Geltung behält. „Der Nationalsozialismus empfindet aus seinem natürlichen Ordnungs- und Erledigungstriebe die Feststellung eines endgültigen Abschlusses einer Angelegenheit als wünschenswert, wenn nicht gar notwendig. Das neue Strafverfahren wird also die Rechtskraft von Entscheidungen kennen[17].“

Das ist durchaus zu billigen, denn der Grundsatz dient der Autorität der Gerichte und dem Ansehen des Staates. Die zu einer gemeinsamen zielstrebigen Arbeit erforderliche Rechtssicherheit wird durch ihn gefördert. Den Mängeln, die sich aus einer Überspannung des Begriffs ergeben können, soll durch eine elastischere Gestaltung der Rechtskraft im neuen Recht begegnet werden[18]. Aufgabe dieser Arbeit wird es sein, zu zeigen, wo auf dem uns interessierenden Gebiet die Probleme liegen und wie ihre zweckmäßige Behandlung de lege lata und de lege ferenda erfolgt.

Wir halten also daran fest, daß es Gründe der Rechtssicherheit sind, die dem Satz ne bis in idem seine Geltung sichern. Wir müssen heute bei der Lösung aller Rechtsfragen von der Gemeinschaft ausgehen. Daraus folgt, daß wir den Satz ne bis in idem nicht als eine lediglich im Interesse des Angeklagten aus Billigkeitserwägungen geschaffene Rechtsgarantie ansehen können[19]. Nicht weil auf den einzelnen Rücksicht genommen wird, lassen wir den Grundsatz gelten, sondern weil er im Interesse der Gemeinschaft liegt. Daß das auch dem Interesse des einzelnen zum Vorteile gereichen kann, liegt in der Natur der Sache, ist aber keineswegs der ausschlaggebende Gesichtspunkt[20].

Das Reichsgericht allerdings scheint solchen Billigkeitserwägungen Rechnung tragen zu wollen, wenn es davon ausgeht, daß der Grundsatz

---

[15] Beling, DStPR. S. 268.

[16] Siegert, DJZ. 1935/358; Oetker, GS. 105/8.

[17] Freisler, DStR. 1935, 238; Siegert, daselbst S. 283 ff., 287; Ber. StPO. S. 30, 428 ff.; Henkel, a. a. O.

[18] Freisler, a. a. O.; Ber. StPO. S. 30 f.

[19] So Höpfner, II S. 153, 178; Berner, GA. III S. 472; Küßner, daselbst S. 498; Eichhorn, GS. 38, 406.

[20] Vgl. Kohlrausch, Idealkonkurrenz, S. 52 Anm. 2.

dem Angeklagten ein „materielles Schutzrecht gegen weitere Strafverfolgung wegen der Tat verleiht[21]".

Ablehnen müssen wir auch die Ansicht, die das Wesen des Grundsatzes in der Fiktion: „res iudicata pro veritate accipitur" sehen will[22]. Danach würde ein unrichtiges Urteil als richtig gelten. Die Ansicht entspricht der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie im Zivilprozeß. Diese wird im Zivilprozeß nicht allgemein anerkannt, noch weniger kann sie im Strafprozeß eine Anerkennung finden[23]. Ihre Folge wäre eine Bindungswirkung für den späteren Richter, der präjudiziell über die abgeurteilte Tat zu entscheiden hat. Eine solche Bindungswirkung ist de lege lata nicht anzuerkennen[24].

c) Die Bestimmung der Identität

Der Grundsatz ne bis in idem hat die Identität der abgeurteilten mit der neu zur Anklage gestellten Tat zur Voraussetzung. Es erhebt sich die Frage nach der Bestimmung dieser Identität.

Das Reichsgericht geht, wie schon in dem Kapitel über den Prozeßgegenstand erwähnt wurde, von der Klagänderungsbefugnis aus. Die stereotyp wiederkehrende Wendung in den Entscheidungen lautet: „Der Grundsatz ne bis in idem reicht so weit, als das Recht des erkennenden Gerichts reicht, seine Entscheidung auf andere als die im Eröffnungsbeschluß bezeichneten Tatsachen zu erstrecken[25]." Die Grenze dieser Befugnis wird dabei nach den §§ 264, 265 StPO. gebildet. Auch in der Literatur ist diese Regel anerkannt[26].

Damit ist auch die Stellungnahme des Reichsgerichts und der ihm folgenden Literatur zu dem Verhältnis der Rechtsregeln über den Gegenstand der Urteilsfindung zu denen über den Umfang des Grundsatzes ne bis in idem gegeben. Es handelt sich danach um korrelate Begriffe. Die „Identität der Tat" im Verhältnis von Eröffnungsbeschluß und Urteil ist dieselbe wie die im Verhältnis von rechtskräftigem Urteil und neuer Ankalge; beide reichen gleich weit[27].

Diese Auffassung über den Umfang der Wirkung des Satzes ne bis in idem ergibt sich, wenn man seine Geltung aus den §§ 264, 265 StPO.

---

[21] RG. 25/29; 43/61; 62/154. Vgl. Loewe—Rosenberg, Buch II, 1. Abschn. S. 505 Nr. 22 d — Das hängt weiterhin mit der Auffassung des RG. über die Natur des Grundsatzes zusammen. Dieser soll nicht bloß ein prozessualer sein, so daß er eine weitere Strafverfolgung ausschließt, er soll auch materiellrechtlicher Natur sein, insofern er die Straflosigkeit der Tat begründet. Vgl. die angeführten Entscheidungen. Die Literatur hingegen — zitiert in RG. 43/62 — sieht in dem Grundsatz überwiegend lediglich eine Prozeßvoraussetzung negativer Art.

[22] Birkmeyer, S. 674.

[23] Binding, Abhandl. II S. 273; Waller, S. 14, 15.

[24] Gegen diese Theorie Schanze, a. a. O. S. 452 und Bennecke—Beling, S. 403; Beling, DStPR. S. 272. Über die hier hereinspielende Frage einer „positiven Rechtskraftwirkung" siehe weiter unten.

[25] RG. 2/347; 8/135; 49/274; 51/242; 56/325; 66/20; 72/105.

[26] Loewe—Rosenberg, 1. Abschn. 2. Buch Anm. 24 a; Dohna, S. 217; Bennecke—Beling, S. 413; Beling, DStPR. S. 267; Gerland, S. 377; Heinrich, S. 7; Litzenberg, S. 25.

[27] Höpfner, II S. 151; Frank, Diss. S. 28 Anm. 1.

herleitet. Mit diesem Ausgangspunkt ist für das Reichsgericht auch die Begrenzung des Satzes gegeben[28].

Anders wird es, wenn man die §§ 264, 265 StPO. nicht als Ursache, sondern als Wirkung des Grundsatzes ne bis in idem ansieht[29], also den reichsgerichtlichen Ausgangspunkt nicht anerkennt. Dann kann die Frage, in welchem Umfange der Grundsatz ne bis in idem zu gelten hat, auch nicht auf diese positive Gesetzesbestimmung gestützt werden. Entscheidend sind dann für die Wirkung des ne bis in idem allein die Grundsätze der Zweckmäßigkeit einerseits und der Gerechtigkeit andererseits[30]. D. h. die Belange der Staatssicherheit entscheiden darüber, wie weit die Zweckmäßigkeit endgültiger Erledigung über eine eventuelle Einbuße zu stellen ist, die die materielle Gerechtigkeit dadurch erleidet.

Diese letztere Ansicht ist für uns auch dann richtunggebend, wenn wir grundsätzlich mit dem RG. davon ausgehen, daß die Grundsätze korrelate sind. Materielle Gerechtigkeit sowie im engsten Zusammenhang damit Staats- und Rechtssicherheit können sehr wohl fordern, daß der Umfang des Verbrauchs der Strafklage auch einmal anders bestimmt, enger begrenzt wird, als der Urteilsgegenstand. Wie das im einzelnen zu geschehen hat, wird weiter unten zu erörtern sein.

Die weitere Frage, was als das prius anzusehen ist, ob in erster Linie zu entscheiden ist, wie weit der Umfang der Rechtskraft reichen soll und danach die Bestimmungen über den Umfang der Verhandlung und Aburteilung anzupassen sind, oder aber ob das Umgekehrte der Fall sein muß, das werden wir hier dahingestellt bleiben lassen können[31].

Kehren wir nun zu dem Satz des Reichsgerichts zurück, daß der Umfang des Verbrauchs der Strafklage eben so weit reicht wie die „rechtliche Möglichkeit" des Richters zur Aburteilung, so müssen wir feststellen, daß er verschieden verstanden werden kann. Der spätere Richter, der diesem Grundsatz Rechnung tragen will, steht vor der Frage, wonach er diese rechtliche Befugnis des früheren Richters bestimmen soll.

Er kann von dem Eröffnungsbeschluß des ersten Verfahrens ausgehen und ihn dieser Prüfung über den Umfang der „rechtlichen Möglichkeit" zugrundelegen. Gleichgültig kann ihm dann sein, wie der frühere Richter die Tat qualifiziert hat und wie das rechtskräftige Urteil lautet.

In diesem Falle wäre der Richter nicht gehindert, die Tat rechtlich abweichend vom früheren Urteil zu beurteilen; er könnte demzufolge Tatstücke, die nach der rechtlichen Qualifikation des Urteils nicht zur abgeurteilten Tat gehören, auf Grund seiner Beurteilung als dazugehörend betrachten. Umgekehrt könnte er Handlungen, die nach der rechtlichen Beurteilung des früheren Urteils als abgeurteilt anzusehen

---

[28] Vgl. RG. 20/80 und die oben zit. Entscheidungen.

[29] Kohlrausch, Idealkonkurrenz, S. 54.

[30] Vgl. Kohlrausch, Idalkonkurrenz, S. 59; gegen das RG. und damit die Auffassung der Identitätsbegriffe als korrelate auch v. Kries, S. 595 ff.

[31] Dazu Höpfner, II S. 152 ff. mit Lit.; Pfizer, GS. 40, 341 ff.; Kohlrausch, Idk. S. 53 ff., der die Ansicht des RG., daß der Satz ne bis in idem die Folge der Zulassung der Klageänderung sei, bestreitet und umgekehrt die §§ 264 ff. StPO. als Folge der Anerkennung des Satzes ne bis in idem ansieht, bezeichnet konsequenterweise die aus jener Ansicht des RG. resultierenden Versuche, den Umfang des Verbrauchs der Strafklage zu bestimmen, als circulus vitiosus.

wären, rechtlich so qualifizieren, daß sie als selbständige Taten einer neuen Aburteilung unterliegen würden.

Andererseits ist aber auch denkbar, daß der spätere Richter seinen Ausgang von dem früheren Urteil zu nehmen hat, so zwar, daß die rechtliche Beurteilung und Tatsachenbegrenzung dieses Urteils für ihn maßgeblich ist. Er müßte an Hand des rechskräftigen Urteils feststellen, was für den ersten Richter Gegenstand der Urteilsfindung war. Bei diesem Ausgangspunkt wäre der über die Identität urteilende Richter gehindert, die Tat rechtlich anders zu werten und dementsprechend den Prozeßgegenstand von sich aus nachträglich in seinem Umfange zu verändern.

Der über den Umfang des Grundsatzes ne bis in idem vom Reichsgericht aufgestellte Satz ist also mehrdeutig. Seine richtige Anwendung hängt wesentlich mit der Beantwortung der Frage zusammen, was für den späteren Richter als rechtskräftig feststehend gilt.

Der Umfang des rechtskräftig Abgeurteilten kann demnach unmöglich bestimmt werden, ehe nicht die entscheidende Vorfrage beantwortet ist, worauf sich die Rechtskraft bezieht, in welcher Hinsicht also der Zweitrichter bei der Bestimmung der Identität gebunden ist.

Bevor ich auf die einzelnen Fälle eingehe, in denen beim fortgesetzten Verbrechen der Grundsatz ne bis in idem Bedeutung gewinnt, gilt es deshalb den Umfang der Rechtskraft darzustellen.

d) Der Umfang der Rechtskraft

Was erwächst bei einem Strafurteil in Rechtskraft? Das Gesetz beantwortet diese Frage nicht.

Das Schrifttum steht grundsätzlich auf dem Standpunkt, daß nur die Entscheidung in Rechtskraft erwächst, nicht aber auch die Entscheidungsgründe[32].

Die Urteilsformel, die diese Entscheidung enthält, wird aber in der Regel nicht aus sich verständlich sein. Zu ihrer Erläuterung dienen die Urteilsgründe. Aus ihnen geht im einzelnen hervor, über welche konkreten Vorgänge entschieden ist und welche rechtlichen Gesichtspunkte dabei maßgeblich waren. Von der Rechtskraft werden aber diese „Motive, die den Richter zur Anwendung des betreffenden Strafgesetzes geführt haben[33]", nicht mit umfaßt. Beling[34] illustriert das mit folgendem Beispiel: „Ist im Einziehungsprozeß auf Einziehung der Sache Y erkannt worden, weil sie durch die und die strafbare Handlung des X hervorgebracht worden sei, so ist diese motivierende Feststellung in einem die Sache Y betreffenden zweiten Einziehungsprozeß oder in einem regulären Strafprozeß gegen X nicht bindend." Die rechtliche Beurteilung des früheren Richters wird also durch die Rechtskraft nicht mitumfaßt und ist für den späteren Richter infolgedessen nicht verbindlich.

Ebensowenig erwachsen aber auch die Einzelfeststellungen des Richters, die in tatsächlicher Hinsicht getroffen werden, in Rechtskraft[35].

---

[32] Beling, DStPR. S. 274, 275; Dohna, S. 219; Bennecke—Beling, S. 417; Birkmeyer, S. 674; Gerland, S. 435; Sauer, S. 269; Höpfner, II S. 202; Doerr, S. 222; Heinrich, Diss. S. 11 Anm. 27; Litzenberg, S. 13.

[33] Heinrich, S. 13.

[34] DStPR. S. 275 Anm. 2.

[35] RG. 5/103; Bennecke—Beling, S. 418; Kroschel, S. 412 ff.

Auch sie sind nur Teil der an der Rechtskraft nicht teilnehmenden Entscheidungsgründe[36].

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zeigt, daß es den Umfang der Rechtskraft in dem gleichen Sinne bestimmt[37]. In RG. 33/305 hatte das Reichsgericht sich mit der entscheidenden Frage auseinanderzusetzen, ob sich der spätere Richter zu der Beurteilung einer Tat, welche das frühere Urteil ihr hat angedeihen lassen, in Widerspruch setzen darf. Das Reichsgericht hat das bejaht und damit der Ansicht Ausdruck gegeben, daß die Gründe des früheren Urteils an der Rechtskraft nicht teilnehmen. Die Ansicht des Reichsgerichts, daß ebensowenig die tatsächliche Begrenzung des Prozeßgegenstandes in Rechtskraft erwächst, erhellt aus RG. 21/84: Die in den Gründen enthaltene Feststellung, es handle sich um eine „andere Tat", ist für den späteren Richter nicht verbindlich[38]. Hieraus ergibt sich, daß der zweite Richter die Frage, ob eine Strafsache mit einer früher rechtskräftig entschiedenen identisch ist, in voller Freiheit zu beurteilen hat, ohne Rücksicht darauf, welche Meinung das rechtskräftige Urteil darüber ausspricht[39]. Die Bedeutung der rechtskräftigen Entscheidung ist damit nur eine negative: „Diese Entscheidung kann nicht infolge einer neuen Anklageerhebung ignoriert, eine andere nicht an ihre Stelle gesetzt werden[40].

Für den Zweitrichter, der zu prüfen hat, ob es sich bei dem ihm vorliegenden Fall um ein idem handelt, ergibt sich demnach für diese Identitätsprüfung folgender Weg: Er hat festzustellen, welches historische Vorkommnis, welche konkrete Tat Prozeßgegenstand des früheren Verfahrens gewesen ist. Das ermittelt er aus dem entscheidenden Teil des Urteils unter Heranziehung der Gründe sowie des Eröffnungsbeschlusses[41].

Bei dieser Identitätsprüfung hat sich der spätere Richter nicht auf den Standpunkt des früheren Richters zu stellen und, indem er dessen rechtliche Qualifikation zugrundelegt, in dessen Bahnen denkend und dessen beschränkte Einsicht berücksichtigend, die ihm vorliegende Tat mit der abgeurteilten auf die Identität hin zu vergleichen. Er hat vielmehr das historische Vorkommnis, das Gegenstand des früheren Urteils war, ohne jede Beschränkung zu ergründen. Er hat es kraft seiner besseren Einsichtsfähigkeit in seinem vollen, bisher vielleicht nicht erkannten Umfang für den Blick freizulegen und dieses Ergebnis dann hinsichtlich der Identität mit der neuen Anklage zu vergleichen.

Dieses historische Vorkommnis, das Gegenstand des früheren Urteils war, entscheidet über den Umfang des Verbrauchs der Strafklage. Erscheint die Tat dem späteren Richter rechtlich in einem anderen Licht und dementsprechend auch in ihrem Umfang anders, so handelt es sich doch noch immer um die gleiche Tat, die schon einmal Gegenstand des Strafverfahrens gewesen ist. Für sie gilt der Satz ne bis in idem.

---

[36] Heinrich, S. 14.
[37] RG. 12/388; 14/28; 15/133; 21/78; 33/305; 58/290; 61/225.
[38] Ebenso RG. 15/137.
[39] Bennecke—Beling, S. 419.
[40] Höpfner, II S. 203; Heinrich, S. 15; Litzenberg, S. 13.
[41] Man kann vereinfacht sagen: Der Richter hat den Eröffnungsbeschluß des früheren Urteils zugrundezulegen.

Die Rechtskraft des früheren Urteils bindet also den Richter in der freien Beurteilung der Identität nicht. Die Schranke, die sie ihm zieht, besteht nur darin, daß er, soweit Identität gegeben ist, die frühere Entscheidung nicht ignorieren und seine bessere dagegen setzen darf. Hier eben setzt die negative Wirkung der Rechtskraft ein, die in solchem Fall zwingt, das Verfahren wegen Identität des Prozeßgegenstandes einzustellen.

e) Die Wirkung des Satzes ne bis in idem bei einer Verurteilung wegen eines fortgesetzten Verbrechens

Wie wir gesehen haben, geht das Reichsgericht von dem Grundsatz aus, daß der Gegenstand der Aburteilung und damit die rechtskräftig abgeurteilte Tat eben so weit reicht wie die rechtliche Möglichkeit des Richters, seine Entscheidung auf andere als die im Eröffnungsbeschluß bezeichneten Tatsachen zu erstrecken[42]. Diese Meinung findet sich auch in der Literatur durchgehend vertreten[43].

Auf die tatsächliche Möglichkeit kommt es, wie vom Reichsgericht immer wieder betont wird, nicht an. Die Fälle, die das Gericht in rechtlicher Hinsicht hat berücksichtigen können, sind als rechtskräftig abgeurteilt anzusehen, gleichviel, ob das erkennende Gericht sie kannte oder nicht, und ob es Anlaß und Gelegenheit, sich Kenntnis von ihnen zu verschaffen, hatte oder nicht[44].

Die „rechtliche Möglichkeit" zur Aburteilung umfaßt beim fortgesetzten Verbrechen, das im Sinne der §§ 155, 264 StPO. eine Tat darstellt, — S. 38 — die zusammenhängende Reihe der unselbständigen Einzelfälle. Bei Verurteilung wegen fortgetzten Verbrechens ist nach dieser ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts die Strafklage hinsichtlich aller bis zur Urteilsverkündung[45] in den Fortsetzungszusammenhang fallenden Einzelhandlungen verbraucht, ohne Rücksicht darauf, ob sie dem Richter bekannt waren oder nicht. Maßgeblich für diesen Verbrauch der Strafklage ist nur, daß sie in den Fortsetzungszusammenhang gehören; gleichgültig ist, wenn die Teilakte weder in der Anklage noch im Urteil bezeichnet worden sind.

Diese Erwägungen sind für den späteren Richter maßgeblich, dem nach Rechtskraft des früheren Urteils neue Fälle unterbreitet werden, über deren Zusammenhang mit dem abgeurteilten fortgesetzten Delikt zu entscheiden ist. Kommt der Richter zu der Überzeugung, daß die neuen

---

[42] RG. 9/347; 15/27; 24/419; 32/57; 36/42; 44/398; 47/400; 51/242, 254; 66/20; 72/105; JW. 1937, 2961 Ziff. 1.

[43] Loewe—Rosenberg, 2. Buch 1. Abschn. Anm. 24 c S. 511; Bennecke—Beling, S. 413; Berner, GA. III, 491; Doerr, S. 216, 219 Anm. 2 mit ält. Lit.; Gerland, S. 435; Beling, DStPR. S. 267 Anm. 1; Binding, Handb. S. 560; Liszt—Schmidt, S. 352; Allfeld, S. 236; Leipz. Komm., Einl. S. 83; Olshausen, § 73 Anm. 14 b; Wachenfeld, Lehrb. S. 108, 109; Bülow, GS. 59/179; vgl. auch Höpfner, II S. 189; Heinrich, S. 28 Anm. 83; Litzenberg, S. 35 Anm. 126.

[44] RG. 7/32; 32/58; 44/398; 51/242, 254; 54/334; 66/50 und bes. in JW. 1937, 2961 als Grundsatz bezeicnet, „an dem auch weiterhin festzuhalten ist". — Das Schrifttum läßt ebenfalls durchweg allein die „rechtliche Möglichkeit" entscheiden, ohne jede Rücksicht auf die tatsächlichen Verhältnisse. Vgl. Litzenberg, S. 34 Anm. 124.

[45] Maßgeblich ist das letzte „gestaltungsfähige" Urteil. Vgl. S. 51.

Fälle in den Fortsetzungszusammenhang gehören und damit Teile des abgeurteilten fortgesetzten Delikts sind, so muß er wegen der dann vorliegenden Identität das Verfahren einstellen[46].

Andernfalls, wenn also ein solcher Zusammenhang nicht besteht, ist der spätere Richter befugt, den ihm vorliegenden neuen Fall als eine andere Tat zur Aburteilung zu bringen[47].

Hervorzuheben ist indessen, daß dieser Zusammenhang stets eingehend zu prüfen ist. Es ist keineswegs zulässig, für die vor der Urteilsverkündung liegenden, nicht berücksichtigten Einzelfälle schlechthin anzunehmen, daß sie ohne weiteres von der Rechtskraft mitergriffen worden sind[48].

Bei der Beurteilung dieser Frage aber, ob ein Zusammenhang der ihm vorliegenden Fälle mit den bereits abgeurteilten besteht, ist der Richter ganz frei und selbständig[49]. Diese Selbständigkeit wird besonders deutlich, wenn der frühere Richter irrtümlich Fortsetzungszusammenhang angenommen und rechtskräftig ausgesprochen hat. Falsch wäre es, — RG. 44/398; 57/21;JW. 1922/1043 — wenn der mit den neuermittelten Fällen befaßte Richter einen Verbrauch der Strafklage deshalb annähme, weil die neuen Fälle nach dem rechtsirrigen Standpunkt des früheren Richters in den Fortsetzungszusammenhang gehören würden. Er hat ohne Rücksicht auf dessen Rechtsauffassung zu entscheiden. Die Erwägungen des früheren Richters über den Fortsetzungszusammenhang sind Entscheidungsgründe, die an der Rechtskraft nicht teilnehmen. Die Rechtskraft bindet nur insoweit, daß der spätere Richter die bereits abgeurteilten Fälle nicht in seine Urteilsfindung einbeziehen darf, etwa um sie auf Grund besserer Einsicht anders zu qualifizieren[50].

Die praktischen Ergebnisse, zu denen diese Ansicht des Reichsgerichts und des Schrifttums führt, sind jedoch nicht immer brauchbar.

Zu billigen ist das Ergebnis dann, wenn der übersehene Teil des Fortsetzungszusammenhangs von unbedeutender Art ist und wenn er gegenüber dem abgeurteilten nicht ins Gewicht fällt. Dann ist der ganze konkrete Vorgang auf einmal erledigt worden und gegenüber den Vorteilen der endgültigen Bereinigung der Angelegenheit haben die Nachteile, die durch die ausgeschlossene Berücksichtigung einzelner Glieder der langen Kette von Delikten eingetreten sind, nichts zu bedeuten.

Auf der andern Seite gibt es aber auch Fälle, bei denen die Anwendung der obigen Grundsätze das materielle Recht aufs gröblichste verletzen und jedem gesunden Rechtsempfinden und den Interessen des Staates an gerechter Sühne widersprechen würde. Es sind dieses die, in denen der wesentliche Teil des Fortsetzungszusammenhanges sich erst nachträglich herausstellt. Der Angeklagte ist wegen dreier Diebstähle, die in Fortsetzungszusammenhang stehen, verurteilt, später stellt sich heraus,

---

[46] RG. 9/344; 44/392. Das Urteil muß deshalb auf Einstellung lauten, weil es hier an einer Prozeßvoraussetzung fehlt. Die res iudicata stellt eine negative Prozeßvoraussetzung dar. Vgl. Bennecke—Beling, S. 409.

[47] Heinrich, S. 29 oben; Litzenberg, S. 35 Anm. 128.

[48] Das behauptet Bockshammer, S. 30, 37. Dieser offenbare Fehler wird von Doerr, S. 220 Ziff. 2, Höpfner, S. 205 Anm. 77 gerügt.

[49] RG. 9/344; 44/392; 57/21. — Vgl. S. 65 f. d. Arb.

[50] Vgl. Heinrich, S. 29.

daß er in der fraglichen Zeit nicht nur diese drei, sondern 20 weitere begangen hat[51]; oder ein Fall, mit dem sich das OLG. München[52] zu befassen hatte: Der Angeklagte wird wegen fortgesetzten Verbrechens der Vorbereitung eines hochverräterischen Unternehmens abgeurteilt. Die Angelegenheit wird als minder schwerer Fall beurteilt, weil der Angeklagte illegale Schriften in geringer Zahl verbreitet haben soll. Nachträglich ergibt sich, daß der weitaus größte und schwerwiegendste Teil der verbrecherischen Handlung nicht berücksichtigt worden ist[53].

Das Reichsgericht stellt auch hier nur darauf ab, daß es dem Richter „rechtlich möglich" war, diese Fälle zu berücksichtigen. Das aber ist nach RG. entscheidend für den Umfang der Rechtskraft, die also auch diese nicht berücksichtigten Teilakte umfaßt.

Gerade hier hätte die Tatsache, daß es sich beim fortgesetzten Verbrechen in Wahrheit um eine Reihe natürlicher Handlungen handelt, davor warnen sollen, ganz und gar von der tatsächlichen Berücksichtigungsmöglichkeit abzusehen und es ausschließlich auf die rechtliche abzustellen. Der Unterschied gegenüber der natürlichen Handlungseinheit darf nicht übersehen werden. Bei dieser bleibt der Umfang des Tatsachenstoffes der gleiche, es wechselt lediglich der Gesichtspunkt für die rechtliche Qualifikation der Tat. In den Fällen der juristischen Handlungseinheit ist es aber nicht nur die rechtliche Qualifikation, die im Rahmen der §§ 264, 265 StPO. wechseln kann. Hier ist auch der Umfang des Tatsachenstoffs, der dem Richter zur Aburteilung vorliegt, veränderlich. Ausschlaggebend für diese letztere „Möglichkeit zur Aburteilung" ist die Kenntnis des Richters von den Fällen. Dieser Unterschied ist zu beachten.

Die bisherige Rechtsprechung des Reichsgerichts vermochte den „Konsequenzen" jenes Grundsatzes nicht auszuweichen. Für sie wurde die Rechtskraft damit zum Hemmnis der Gerechtigkeit. Das darf nicht sein. Hier muß Abhilfe geschaffen werden.

Kein Volksgenosse „wird Verständnis dafür aufbringen können, daß die vielen Fälle, welche dem früheren Richter gar nicht bekannt waren, ungesühnt bleiben sollen, weil sie der frühere Richter, wenn er sie gekannt hätte, gleichzeitig mit den in der Anklage bezeichneten Akten des Gesamtdelikts hätte aburteilen können[54]". Das Reichsgericht verlangt m. a. W., „daß der Richter die ihm nicht bekannt gewordenen Fälle, die er doch überhaupt nicht in den Kreis seiner Entscheidung ziehen kann, dennoch berücksichtigen soll[55]". Hier wird dem Richter etwas zugemutet, das zu erfüllen er gar nicht in der Lage ist.

Die Mängel dieser „Überspannung der Rechtskraft[56]" sind denn auch beleuchtet worden. Ihre Behebung wurde aber regelmäßig auf de lege

---

[51] Vgl. RG. DJ. 1938, S. 340.

[52] DJ. 1938, 724.

[53] Über die Möglichkeit, daß die Tat sich später als ungleich schwerwiegender herausstellt, weil sie bei der Aburteilung in rechtlicher Hinsicht nicht in ihrer ganzen Schwere erkannt wurde, vgl. S. 84 ff. d. Arb.

[54] Litzenberg, S. 37; vgl. Schlüter, DDJ. 1938, 245 f.

[55] Eichhorn, GS. 38/437.

[56] Kohlrausch, StGB. S. 192.

ferenda zu treffende Maßnahmen verschoben, soweit man sie nicht als unausweichliche Konsequenz auf sich nehmen zu müssen geglaubt hat[57].

Ein Überblick über die bisherigen Versuche, den Mißständen schon de lege lata zu begegnen, zeigt zunächst eine Ansicht, die den Prozeßgegenstand zeitlich begrenzen will. „Es müssen danach als abgeurteilt gelten alle diejenigen gleichartigen Betätigungen, welche in die von der Verhandlung und Entscheidung umfaßte Zeitspanne fallen, mögen sie nun zur Erörterung gelangt sein oder nicht[58]."

Gegen diesen Vorschlag ist mit Recht eingewandt worden[59], daß er sich von der reichsgerichtlichen Rechtsprechung so allzu weit nicht entferne. Auch hier bleibt letztlich die rechtliche Berücksichtigungsmöglichkeit maßgebend, nur daß ihr Objekt zeitlich begrenzt ist. Das gewährleistet aber keine grundlegende und sichere Besserung. Auch innerhalb des besagten Zeitraums liegende, unbekannt gebliebene Akte können von solcher Bedeutung sein, daß ihre Nichtberücksichtigung für die materielle Gerechtigkeit und Rechtssicherheit untragbar ist.

Binding[60] fordert die Nachklage[61] für die neu ermittelten Fälle, um das für die damalige Zeit richtig befundene Urteil zu ergänzen. Die früheren Fälle sind dabei erneut zu berücksichtigen, jedoch ist die für sie bestimmte Strafe von der neu ausgeworfenen in Abzug zu bringen. Zwar sei, so meint Binding, diese Nachklage unserer Strafprozeßordnung als solche fremd, doch könne „eine mutige Praxis" mit ihr „der materiellen Gerechtigkeit einen großen Dienst leisten". Dieser Ansicht Bindings entspricht im wesentlichen die Stengleins[62]. Dieser will im Interesse der „materiellen Gerechtigkeit, welche für vermehrte Straffälle eine erhöhte Strafe erheischt, die der frühere Richter gar nicht erkennen konnte", die Analogie des § 79 StGB. heranziehen. Die Aburteilung dieser nicht berücksichtigten Fälle wäre damit ermöglicht und eine Überspitzung des Begriffs der Deliktseinheit vermieden.

Höpfner[63] und ihm folgend Litzenberg[64] wollen dagegen auf die Weise helfen, daß sie die Deliktseinheit beim fortgesetzten Verbrechen aufgeben und schlechthin auf die in Wirklichkeit vorhandene natürliche Handlungsmehrheit zurückgehen. Sie kommen auf diese Weise zu dem Ergebnis, daß der Grundsatz nur insoweit Anwendung findet, als die Einzelakte tatsächlich abgeurteilt worden sind. Soweit jedoch Einzelakte vom früheren Richter nicht berücksichtigt worden sind, steht ihrer späteren Aburteilung nichts im Wege.

Diese letztere Ansicht verfolgt, ebenso schematisch wie das Reichsgericht seine These von der „Einheit" des fortgesetzten Verbrechens, eine

---

[57] Vgl. Bockshammer, S. 70; Heinrich. S. 24—28; Doerr, S. 223; Beling, JW. 1925, 1010; JW. 1931 218 ff.; Waller, S. 38.

[58] Dohna, S. 218; ebenso Kohler, a. a. O. S. 162; Ehrhardt, S. 66; v. Kries, S. 600.

[59] Litzenberg, S. 43. Über weitere Bedenken Litzenberg, a. a. O.; Heinrich, S. 28 Anm. 87 und S. 24.

[60] Binding, Strafr. und strafprozessuale Abhand. II. Bd. München u. Leipzig 1915, S. 341 f.

[61] „Nachklage"; dieser terminus erklärt sich aus der Auffassung Bindings, der den Strafprozeß als Zweiparteien-Prozeß ansieht.

[62] Komm. § 151 Anm. 8 f.

[63] A. a. O. S. 217 ff.

[64] A. a. O. S. 38 ff.

entgegengesetzter Art, nämlich die der natürlichen Handlungsmehrheit beim fortgesetzten Verbrechen. In diesem Schematismus liegt auch ihr Übel. Sie übersieht, daß der vom Reichsgericht vertretene Grundsatz über den Umfang der Rechtskraft im Zusammenhang mit der Auffassung des fortgesetzten Verbrechens als einer Einheit in der Mehrzahl der Fälle, in denen der etwa übersehene Teil des Fortsetzungszusammenhanges gegenüber dem abgeurteilten nicht ins Gewicht fällt, gut und praktisch ist. Er ermöglicht die endgültige Erledigung eines einheitlichen Vorganges. Dabei hat man sich dessen bewußt zu sein und zu bleiben, daß der Rechtsordner die endgültige Bereinigung einer Angelegenheit, die Herstellung des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit bis zu einer gewissen Grenze höher bewertet als die restlose Durchsetzung des Prinzips der materiellen Wahrheit, wie ja gerade die Anerkennung der materiellen Rechtskraft zeigt. Wollte man, um mißlichen Ergebnissen auszuweichen, schlechthin die natürliche Handlungsmehrheit beim fortgesetzten Verbrechen in den Vordergrund schieben und damit auf die Einheit verzichten, so würde man damit weit über das Ziel hinausschießen. Das fortgesetzte Verbrechen würde seinen praktischen Wert auch da verlieren, wo es bisher von großem Vorteil war. Die endgültige Erledigung eines zusammengehörigen Vorganges wäre hinfort so lange nicht möglich, als noch irgendein Fall ermittelt werden könnte. Dem Gedanken der Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit wäre auf diese Weise mehr geschadet als gedient.

Angesichts all dieser Versuche, einen Ausweg aus den Schwierigkeiten zu finden, erscheint es fraglich, ob es nicht richtiger wäre, den Grundsatz, der offenbar deren Ursache bildet, daß rechtskräftig entschieden alles das ist, was im Rahmen des § 264 StPO. rechtlich hätte berücksichtigt werden können, aufzugeben und davon auszugehen, daß rechtskräftig entschieden nur ist, was „tatsächlich" vom Richter berücksichtigt wurde. — Damit würde die hohe Funktion der Rechtskraft für die Rechtssicherheit einerseits — vgl. S. 61 f. — und als Ansporn für die Gerichte zu sorgfältigster Arbeit andererseits aufgehoben. Ein ernsthafter Vorschlag, das Problem auf diese Weise zu lösen, findet sich dementsprechend nicht, insbesondere wird im Entwurf der StPO. am alten Grundsatz festgehalten[65].

Dagegen sucht das RG. den möglichen Unzuträglichkeiten in der Rechtskraftfrage dadurch zu begegnen, daß es ständig zur Einschränkung der angeblich allzu weitherzigen Anwendung des Begriffs fortgesetztes Verbrechen in der Praxis ermahnt[66].

Es trifft sicher zu, daß oft erst eine zu „weitgespannte Annahme[67]" von fortgesetzten Delikten zu der Problematik in der Rechtskraftfrage führt. Man wird aber nicht bestreiten können, daß auch bei zutreffender Anwendung des Begriffs ein Teil der Gesamttätigkeit übersehen werden kann. Handelt es sich hierbei um den entscheidenden Teil, dann ist die ganze Frage wieder gegeben.

Es erscheint richtiger, davon auszugehen, daß die Fälle, in denen die materielle Gerechtigkeit durch die Anwendung des Grundsatzes ne bis

---

[65] Ber. StPO. S. 308. Vgl. S. 89 d. Arb.
[66] RG 70/243; 72/164, 168; 72/211; ebenso Kohlrausch, StGB. S. 193.
[67] Kohlrausch, a. a. O.

in idem auf die Einheit des fortgesetzten Verbrechens derart leiden würde, daß seine Anwendung, soll nicht das Ergebnis jedem gesunden Volks- und Rechtsempfinden „ins Gesicht schlagen[68]“, unterbleiben muß, durchaus zur Ausnahme gehören. Regelmäßig arbeiten Staatsanwaltschaft und Gericht nicht unter so ungünstigen Umständen, daß man die Nichtberücksichtigung weiterer schwerwiegender Fälle des Fortsetzungszusammenhanges als Normalfall würde bezeichnen können. Handelt es sich aber um Ausnahmen, so ist eine ausnahmsweise Behandlung statthaft, aber auch erforderlich.

Der Grundsatz der Rechtskraft in seiner bisherigen Abgrenzung ist damit außer Frage gestellt. An ihm ist weiterhin festzuhalten. Es gelten die S. 61 f. ausgeführten Gründe. Ebenso ist künftig grundsätzlich kein Unterschied bei seiner Anwendung auf ein einfaches oder ein fortgesetztes Verbrechen zu machen.

Jeder Grundsatz kennt Ausnahmen. Auf dem Gebiete der Rechtskraft hat das RG. bisher im Strafbefehlsverfahren eine solche gemacht; darüber S. 86 der Arbeit. Weiter gehen heute schon das OLG. München[69], das Kammergericht[70] und der Volksgerichtshof[71]. Sie erkennen unter bestimmten Voraussetzungen auch für das ordentliche Strafverfahren eine vom Grundsatz abweichende Begrenzung der Rechtskraft, eine „Durchbrechung“ derselben an. Ebenso Niederreuther[72], Schlüter[73] und Schwarz[74] im neueren Schrifttum.

Die grundsätzliche Frage ist die nach der Grenze, wo die Vorzüge der endgültigen Erledigung eines Straffalles die damit gegebenenfalls verbundenen Nachteile nicht vollständiger Aufklärung und dementsprechend zu geringer Bestrafung nicht mehr aufwiegen.

Diese Grenze, wo die strikte Durchführung von Verfahrensgrundsätzen bis zum Widersinn und damit zu einem offensichtlichen Mißstand führen würde, ist da erreicht, wo nur ein verschwindender Teil des fortgesetzten Verbrechens abgeurteilt worden ist und „die Straftaten, die nachträglich zur Kenntnis der Behörde gekommen sind, so schwer und so die Allgemeinheit bedrohend sind, daß sie ihre gerechte Sühne finden müssen, wenn nicht die Rechtspflege versagen soll[75]“. Entscheidend in dieser Frage sind das gesunde Rechtsempfinden und das Interesse des Staates, schwerste Verbrechen entsprechend zu bestrafen. Zuzustimmen ist der generellen Formulierung Niederreuthers[76]:

„Eine neuerliche Verfolgung soll ausnahmsweise dann zulässig sein, wenn der Angeklagte nach dem früheren Urteil in einer Weise bestraft ist, die zu der erst nachträglich bekannt gewordenen strafbaren Betätigung des Angeklagten in so krassem Mißverhältnis steht, daß der bei Anwendung des allgemeinen Grundsatzes über die Rechtskraft — hier

---

[68] OLG. München, DJ. 1938/724.
[69] DJ. 1938, S. 724; vgl. auch DJ. 1937 S. 82.
[70] Vgl. den bei Niederreuther, DJ. 1938 S. 1755 wiedergegebenen Urteilsauszug.
[71] DJ. 1938, 1193.
[72] DJ. 1938, 1757.
[73] DDJ. 1938, 245 f.
[74] ZAkaDR. 1938, S. 540.
[75] OLG. München, DJ. 1938 S. 725.
[76] a. a. O. S. 1757.

muß hinzugefügt werden: und über die ‚Einheit' des fortgesetzten Verbrechens — sich ergebende Ausschluß einer nachträglichen Verfolgung und Bestrafung des Täters dem gesunden Rechtsempfinden widersprechen würde."

Damit ist die mögliche Abweichung vom Grundsatz und sind ihre Voraussetzungen über die nur von Fall zu Fall[77] entschieden werden kann, hinlänglich als eng begrenzte Ausnahme gekennzeichnet. Bezeichnend ist, daß die drei Entscheidungen[78], die diese Ausnahme bereits zulassen, sich mit Hoch- bzw. Landesverrat befassen. Darin liegt ein Hinweis mehr, daß nur solchen Handlungen ein Übergewicht über den Grundsatz ne bis in idem beigemessen werden kann, angesichts deren Schwere die Straflosigkeit zu einer für den Staat unerträglichen Gefährdung der Rechtssicherheit werden würde. Das ist ein Gradmesser der hier erforderlichen Bedeutsamkeit des Verbrechens.

Angesichts der Tatsache, daß die geltende StPO. keine ausdrücklichen Vorschriften über die Rechtskraft enthält und die Ausgestaltung der Grundsätze über den Umfang der Rechtskraftwirkung und des Strafklageverbrauchs der Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen hat, ist die Lösung dieser Frage de lege lata, ohne Eingreifen des Gesetzgebers möglich[79].

M. E. ist hier der richtige Weg die Besinnung auf die Mehrheit der Einzelakte, die dem fortgesetzten Verbrechen zugrundeliegen. Wir sahen, daß das Reichsgericht bei der Teilnahme die Einheit des fortgesetzten Verbrechens in die Einzelakte auflöst, um dem Teilnehmer nur die zuzurechnen, an denen er beteiligt war[80]. Nicht anders verfährt es bei der Begrenzung des fortgesetzten Verbrechens durch das rechtskräftige Urteil, von dem ab die weiteren Akte als „neue Tat" gelten[81]. Ebenso berücksichtigt es die Einzelakte bei der Anwendung des § 154 StPO. auf das fortgesetzte Verbrechen[82]. In allen diesen Fällen läßt das RG. die „Einheit" des fortgesetzten Verbrechens zurücktreten, weil höhere Belange das zum unabweisbaren Erfordernis machen. Dieselbe Methode muß in der vorliegenden Frage eingeschlagen werden.

Unter den angegebenen Voraussetzungen, die eine gegenüber dem Grundsatz ausnahmsweise engere Begrenzung der Rechtskraft erfordern, ist die aus Gründen der Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit erfolgte Zusammenfassung der Einzelakte aufzugeben, weil ihre weitere Durchsetzung zum Unrecht führen und damit nicht mehr gerechtfertigt sein würde. Die Rechtskraft ist auf die bereits berücksichtigten Akte zu beschränken.

Die neu ermittelten Fälle sind unter diesen Umständen als „andere Tat" im Sinne des § 264 StPO. zu werten. Kommt es zur Aburteilung, dann liegen zwei Urteile hinsichtlich eines materiellrechtlich zusammenhängenden Vorganges vor. Ihre weitere verfahrensrechtliche Behandlung erfolgt zweckmäßigerweise in analoger Anwendung des § 79 StGB. Es

---

[77] OLG. München, a. a. O. S. 725.
[78] Vgl. S. 72
[79] Niederreuther, a. a. O., S. 1756; vor ihm schon Schwarz, a. a. O. S. 539 Ziff. 6.
[80] S. 22 f. d. Arb. und auch S. 45.
[81] S. 49 ff. d. Arb.
[82] S. 42 d. Arb.

kommt also zu einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung, §§ 460, 462 StPO.

f) Der Grundsatz ne bis in idem bei Verurteilung wegen eines oder mehrerer real konkurrierender Delikte

Die bisherigen Untersuchungen gingen davon aus, daß das frühere rechtskräftige Urteil ein fortgesetztes Delikt angenommen hatte. Der Grundsatz ne bis in idem wird aber auch in dem anderen Fall problematisch, wenn ein rechtskräftiges Urteil mehrere selbständige Handlungen angenommen hat und sodann weitere Fälle bekannt werden, die vor Verkündung jenes Urteils begangen wurden. Darf hier der später erkennende Richter annehmen, daß diese mit den rechtskräftig abgeurteilten Straffällen nur ein fortgesetztes Verbrechen bilden und folglich auf Einstellung des Verfahrens erkennen?

Das Reichsgericht verneint die Frage in ständiger Rechtsprechung[83]. Eine grundlegende Rechtfertigung gibt schon RG. 15/27 ff. Der Richter „ist nicht befugt, sich in direkten Widerspruch mit dem früheren rechtskräftigen Urteil zu setzen und — abweichend von diesem und in den Bestand desselben eingreifend — festzustellen, daß die rechtskräftig für selbständige, je als durch verschiedene Handlungen begangen erachteten Straftaten dieser Selbständigkeit entbehren und nur unselbständige Bestandteile eines von ihm als vorhanden angenommenen anderweiten Delikts seien".

Seine Ansicht begründet das Reichsgericht damit, daß der frühere Richter, wenn ihm diese neuen Fälle schon bekannt gewesen wären, sie als „andere Taten" im Sinne der §§ 264, 266 StPO. aufgefaßt haben würde, sie also ohne die Voraussetzung des § 266 StPO. gar nicht zum Gegenstand der Aburteilung hätte machen dürfen. Damit sei auch für den späteren, zur Entscheidung über die Anwendbarkeit des Satzes ne bis in idem berufenen Richter die Frage der Identität verneint.

Das Ergebnis dieser Rechtsprechung ist also: die Rechtskraft eines früheren, von Realkonkurrenz ausgehenden Urteils steht der Verurteilung des Angeklagten wegen neuer Taten nicht entgegen[84].

Das Reichsgericht hat damit seine Auffassung von der bloß negativen Rechtskraftwirkung aufgegeben und nimmt eine positive Bindungswirkung an. Sollte nach den S. 65 f. zitierten Entscheidungen der spätere Richter frei und selbständig in der Prüfung der Identität sein, so wird er hier den Auffassungen des früheren Richters unterworfen. Er darf die Zugehörigkeit der ihm vorliegenden neuen Fälle zum abgeurteilten Komplex nicht annehmen, also auch nicht davon ausgehen, daß der frühere Richter die Möglichkeit gehabt habe, sie zum Gegenstand seiner Urteils-

[83] RG. 15/28; 26/162; 54/283; 54/334; 59/399; 68/64; IW. 1927/3055; 1934/370; DJ. 1936/728.

[84] Auch im Schrifttum findet sich diese Ansicht: Loewe-Rosenberg, Vorbem. vor § 151 Anm. 24 c, S. 511; Waller, S. 40 f., 42 ff. Nicht konsequent scheint mir Frank, Diss. S. 30 ff. zu sein. Er billigt die Ansicht des Reichsgerichts, soweit es sich um Realkonkurrenz handelt, verwirft sie aber, soweit früher ein Einzeldelikt abgeurteilt ist und will in diesem Fall den Satz ne bis in idem zur Anwendung bringen. In beiden Fällen liegt aber das gleiche Problem vor, das nur einheitlich zu lösen ist. Vgl. das Folgende.

findung zu machen. Vielmehr muß er sich an die Auffassung des früheren Richters über die Selbständigkeit der Taten halten, auch wenn er sie nicht teilt und danach bestimmen, ob dieser weitere strafbare Handlungen zum Gegenstand der Urteilsfindung hätte machen können.

Diese „Beweisführung" überzeugt nicht[85]. Denn es steht nicht fest, daß der frühere Richter bei Kenntnis auch der neuen Fälle bei seiner Rechtsauffassung verblieben wäre. Diese hätte ihn wahrscheinlich veranlaßt, die Identitätsfrage anders aufzufassen, und zwar so, wie sie der spätere Richter auf Grund seiner erweiterten Einsicht auffaßt. Hierzu wäre er nach den §§ 264 ff. StPO. befugt gewesen. Dann aber wäre Identität anzunehmen[86].

Die Entscheidungsgründe nehmen aber nach ständiger Rechtsprechung an der Rechtskraft nicht teil. Die Begrenzung der „Tat" im früheren Urteil nach der tatsächlichen und nach der rechtlichen Seite geht deshalb nicht in Rechtskraft über und ist damit auch nicht bindend.

An diesem Grundsatz, daß die Auffassung des Richters, ob mehrere Handlungen im Fortsetzungszusammenhang stehen oder nicht, nicht in Rechtskraft erwächst, ist festzuhalten, gleichgültig, in welcher Form der frühere Richter dieser Auffassung Ausdruck gibt. Es kann hier keinen Unterschied begründen, ob er Teile als „andere Tat" ausscheidet oder ob er Einzeldelikte in Realkonkurrenz annimmt und mit Rücksicht auf § 266 StPO. auf weitere Fälle nicht eingeht. In jedem Falle handelt es sich um Urteilsgründe, die zeigen, wie weit dem Erstrichter die Tat zu reichen schien. Da aber seine Ansicht keineswegs richtig zu sein braucht, kann sie auch für den späteren Richter nicht bindend sein.

Es ergibt sich mithin, daß sich die Rechtskraft auf die Feststellung des Erstrichters über das Vorliegen einer oder mehrerer selbständiger Einzeltaten nicht erstreckt.

Deshalb kann die Ansicht[87], daß „auch die Verneinung der Fortsetzung der Rechtskraft fähig" ist, nicht gebilligt werden. Ebensowenig die Folgerung, daß, „wenn einmal der frühere Richter positiv dahin erkannt hat, die ihm vorliegende Tat bilde kein fortgesetztes Delikt, nicht den Bestandteil eines solchen, sie sei eine in sich abgeschlossene rechtlich selbständige Straftat, die Rechtskraft dieser Entscheidung den späteren Richter hindert, die als selbständig festgestellte Handlung als unselbständigen Teil eines fortgesetzten Verbrechens zu beurteilen".

Den Entscheidungsgründen gegenüber ist der spätere Richter frei. Mit ihnen darf er sich in Widerspruch setzen. Verboten ist ihm nur mit Rücksicht auf die Rechtskraft der Entscheidung, die bereits abgeurteilten und als realkonkurrierend bezeichneten Fälle erneut, und zwar nun als fortgesetztes Delikt zur Aburteilung zu bringen. Ein solcher Eingriff in „den Bestand des früheren Urteils" verbietet sich. Andererseits liegt ein solcher Eingriff dann nicht vor, wenn

---

[85] So auch Bockshammer, S. 21 Anm. 1. „Maßgebend ist nicht, ob der frühere Richter, wenn ihm die Tat bekannt gewesen wäre, über sie mit entschieden hätte, sondern ob er die rechtliche Möglichkeit gehabt hätte, auf sie seine Entscheidung auszudehnen; hierüber hat der Richter der neuen Tat zu entscheiden." — Die Möglichkeit, die Tat mit abzuurteilen, ergibt sich aus den §§ 264, 265 StPO.

[86] Litzenberg, S. 57 Anm. 209; Bockshammer, S. 56; Heinrich, S. 43 Anm. 140.

[87] RG. Seuff. Bl. 64, 330 ff.

der spätere Richter sich darauf beschränkt, die Identität der Tat zwischen den ihm vorliegenden Fällen und den rechtskräftig abgeurteilen festzustellen, um dementsprechend auf Einstellung des Verfahrens zu erkennen.

Er darf also annehmen, daß es sich bei den früher abgeurteilten Fällen, entgegen dem Inhalt jenes Urteils, nicht um real konkurrierende Fälle, sondern um ein fortgesetztes Delikt handelt, zu dem auch die neu ermittelten Fälle gehören. Die Feststellung dieser Identität liegt im Rahmen der Befugnis des zweiten Richters zur freien und selbständigen Prüfung dieser Frage.

Diese Ansicht findet sich auch überwiegend in der Literatur vertreten[88].

Die Verkehrung der hier einschlagenden prozessualen Grundsätze, der unbegründete Übergang zu einer positiven Rechtskraftwirkung kann auch nicht damit gerechtfertigt werden, daß man auf diese Weise für bestimmte Fälle unbilligen Ergebnissen zu entgehen vermöge[89].

Solche Folgen, die vom Standpunkt der materiellen Gerechtigkeit unannehmbar wären, müssen vermieden werden. Die hier vertretene Ansicht soll dafür kein Hindernis sein. Es erscheint jedoch zweckmäßig, sich auch hier darauf zu besinnen, daß solche Fälle zu den Ausnahmen zu zählen sind. Nimmt der neue Richter nicht Realkonkurrenz, sondern Fortsetzungszusammenhang an, so wird in der Regel der noch offene Rest der Fortsetzungstat, insbesondere wenn Verurteilung wegen einer größeren Zahl real konkurrierender Delikte erging, so beschaffen sein, daß die endgültige Erledigung des Falles im Interesse der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens einer restlosen Durchsetzung der materiellen Wahrheit vorgezogen werden kann.

In den Fällen aber, wo die neu aufgetauchten Handlungen von solcher Bedeutung sind, daß ihre strafrechtliche Berücksichtigung unumgänglich ist, wird die gerechte Sühne möglich durch eine ausnahmsweise Beschränkung der Rechtskraftwirkung auf die tatsächlich berücksichtigten Fälle, wie das grundsätzlich bereits S. 72 f. ausgeführt ist. Wegen der Voraussetzungen, bei deren Vorliegen das Erfordernis nach dieser ausnahmsweisen Behandlung anzuerkennen ist, kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

Liegen sie vor, dann ist, so wie das Reichsgericht es beispielhaft gezeigt hat — vgl. S. 73 —, die Auflockerung des fortgesetzten Verbrechens, die Berücksichtigung der zugrundeliegenden Mehrheit der Einzelakte dringendes Gebot. Die neuen Fälle sind auf diese Art aus der „Einheit" auszuscheiden. Die Rechtskraft bleibt dann auf die bereits — und zwar als real konkurrierende — abgeurteilten Fälle beschränkt. Nur so erfüllt auch diese ihren Sinn, nämlich den, der Rechtssicherheit zu dienen. Der gerechten Bestrafung der bisher unberücksichtigten Fälle ist damit der Weg eröffnet.

Über die weitere verfahrensrechtliche Behandlung vgl. S. 73 f. d. Arb.

[88] Doerr, S. 220 f. mit weiterer Lit. S. 221 Anm. 1; Bockshammer, S. 49; Heinrich, S. 82 ff., Lit. in Anm. 109, 111; hinsichtlich Einzeldelikt feststellenden Vorderurteils Liszt—Schmidt, S. 352; Gerland, S. 435; Frank, Diss. S. 31 ff.; in der Rspr. auch OLG. München, Bd. II, 556; Bd. IX, 84.

[89] Vgl. Litzenberg, S. 56; Neumann, S. 44.

g) Verbrauch der Strafklage bei einem vom fortgesetzten Verbrechen freisprechenden Urteil

Wenn ein vom fortgesetzten Verbrechen freisprechendes Urteil rechtskräftig geworden ist und nachträglich weitere Fälle auftauchen, die nach Ansicht des späteren Richters in jenen abgeurteilten Fortsetzungszusammenhang gehören, so erhebt sich die Frage, ob er befugt ist, entgegen dem freisprechenden rechtskräftigen Urteil von der Strafbarkeit der abgeurteilten Teilakte auszugehen und Fortsetzungszusammenhang mit den neu ermittelten anzunehmen. Wenn er das tut, muß dann das Verfahren bezüglich der neuen Fälle eingestellt werden, weil sie zusammen mit den anderen eine fortgesetzte Handlung bilden, über die bereits geurteilt ist, so daß auch sie straflos bleiben? Oder zwingt die Rechtskraft des freisprechenden Urteils den späteren Richter, entsprechend dem Inhalt dieses Urteils, die Straflosigkeit der abgeurteilten Fälle anzunehmen?

Die Frage nach dem Verbrauch der Strafklage bei der Freisprechung nimmt in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung von dem grundsätzlichen Unterschied zwischen dem verurteilenden und dem freisprechenden Urteil ihren Ausgang. Der Klageverbrauch hinsichtlich aller Einzelhandlungen, die in den Bereich des fortgesetzten Delikts fallen, soll nur eintreten, wenn eine solche Straftat vorliegt, d. h. wenn eine Verurteilung wegen einer fortgesetzten Straftat erfolgt ist[90].

Diese Voraussetzung für die Annahme einer fortgesetzten Tat, nämlich daß überhaupt eine Straftat vorliegt, fehle bei dem Urteil, das die Strafbarkeit der Handlung verneine. „Eine Mehrheit nicht strafbarer Handlungen ist für das Strafrecht etwas Gleichgültiges; sie können weder unter sich noch mit andereren Handlungen — seien diese strafbar oder nicht — eine fortgesetzte strafbare Handlung bilden[91].“ Der entscheidende Grund hierfür liege darin, daß in derartigen Fällen ein die einzelnen Handlungen zu einer im Rechtssinn einheitlichen Handlung zusammenfassendes Band (Fortsetzungszusammenhang) nicht festgestellt sei[92]. Die einzelnen Fälle blieben mithin in ihrer Isolierung. Deshalb tritt nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts bei der Freisprechung der Verbrauch der Strafklage nur hinsichtlich der Straftaten ein, die in der Anklage oder der Hauptverhandlung vorgebracht und Gegenstand der Aburteilung geworden sind[93]. Die neu auftauchenden Fälle würden von dem rechtskräftigen freisprechenden Urteil nicht berührt. Da damals keine strafbare Handlung begangen worden sei, könnten nicht mit ihr die neuen, jetzt unter Anklage gestellten Verfehlungen in einem Fortsetzungszusammenhang stehen[94].

Gegenüber dem rechtskräftigen freisprechenden Urteil hat der spätere Richter nach dieser Rechtsprechung auch nicht das Recht freier Prüfung daraufhin, ob es begründet ist oder nicht, ob die abgeurteilten Fälle tatsächlich straflos waren, um bejahendenfalls zu dem dargelegten

[90] RG. 54/334; 47/399; JW. 1921/864.
[91] RG. 47/399.
[92] RG. 54/335; JW. 1921, 846.
[93] RG. 54/334; 47/401.
[94] JW. 1931/218.

Ergebnis zu kommen. Da das frühere Urteil die Rechtskraft erlangt hat, ist auch für die Frage des Klageverbrauchs nach Ansicht des Reichsgerichts nur noch der Inhalt maßgebend, den ihm der frühere Richter gegeben hat[95].

Während der Richter, dem die neuen Fälle vorliegen, hinsichtlich der Identitätsfrage an die Ansicht des früheren Richters gebunden ist, die in dem freisprechenden rechtskräftigen Urteil zum Ausdruck gekommen ist und damit die Identität regelmäßig wird verneinen müssen, ist er in der Beurteilung der neuen Fälle ganz frei. Er kann sie als einzelne, realkonkurrierende Fälle ansehen, ist aber auch berechtigt, sie als in Fortsetzungszusammenhang stehend zu beurteilen[96].

Im Schrifttum findet sich diese Auffassung des Reichsgerichts über die Rechtskraftwirkung freisprechender Urteile bei Kohler und Waller vertreten[97].

An der aufgezeigten Rechtsprechung des Reichsgerichts beobachten wir wieder eine Abweichung von seiner grundsätzlichen Auffassung der Rechtskraftwirkung als einer negativen, derzufolge der spätere Richter nicht verpflichtet ist, den als unzutreffend erkannten Gedanken und Motivationen des früheren Richters zu folgen und dessen Beurteilung in allen Einzelheiten anzunehmen; der vielmehr frei ist in der Beurteilung der früheren und der neu aufgetauchten Fälle, ihrer Strafbarkeit oder Straflosigkeit, ihres Zusammenhangs oder ihrer Selbständigkeit und die Entscheidung des früheren Richters nur in dem Sinne zu respektieren hat, daß er die einmal abgeurteilten Fälle nicht einer nochmaligen Aburteilung unterziehen darf.

Gegenüber dieser Unterwerfung des über die Identitätsfrage urteilenden Richters unter die Auffassung der rechtskräftigen Entscheidung , scheint es richtiger, auch hier an dem Grundsatz einer rein negativen Rechtskraftwirkung festzuhalten. Die positive Rechtskraftwirkung wird vom Reichsgericht, wie auf S. 65 f. gezeigt wurde, auch sonst ständig abgelehnt. Will man Ergebnissen vorbeugen, die mit der materiellen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit nicht vereinbar wären, und dies ist offenbar die Absicht des Reichsgerichts, so kann man das auch auf andere Weise als durch willkürliche Durchbrechung prozessualer Grundsätze erreichen.

Nimmt man die negative Rechtskraftwirkung zum Ausgangspunkt, dann sind zwei Möglichkeiten zu beachten:

I. Der mit den neu ermittelten Fällen befaßte Richter kann zu dem Ergebnis kommen, daß die dem freisprechenden Urteil zugrundeliegenden Fälle in der Tat straflose Handlungen waren. Über die bei einer solchen Feststellung notwendigen weiteren Folgerungen gehen die Ansichten auseinander.

---

[95] RG. 54/334; JW. 1931/216 f.

[96] JW. 1931/218; RG. 54/334; die in RG. 47/400 vertretene Ansicht, derzufolge wegen der Verneinung des Fortsetzungszusammenhanges im ersten Urteil auch die später aufgetauchten Fälle nicht unter dem Gesichtspunkt des fortgesetzten Delikts, sondern nur als Einzelfälle abgeurteilt werden dürften, ist aufgegeben worden.

[97] Waller, S. 45 ff.; Kohler, Jur. Lit. Bl. 1894, Bd. VI, 119. Dieser entwickelt seine Meinung allerdings zum Kollektivdelikt, doch gilt seiner Ansicht nach für dieses systematisch dasselbe wie für das fortgesetzte Verbrechen.

Es findet sich zunächst die Meinung, daß in solchen Fällen von einer Identität der Tat die Rede nicht sein kann. Da ein Fortsetzungszusammenhang zwischen nicht strafbaren und strafbaren Akten nicht möglich ist, können die abgeurteilten und die neuen Fälle nach dieser Ansicht auch nicht zu einer bereits abgeurteilten Tat gehören. Wenn also der Richter zu dem Ergebnis kommt, daß die früheren Fälle tatsächlich straflos waren und das frühere Urteil mithin zu Recht ergangen ist, dann ist er auch befugt, die neuen Fälle[98] zur Aburteilung zu bringen[99]. Der Verbrauch der Strafklage könnte ihm mangels der Identität nicht entgegengehalten werden.

Über diese Ansicht geht Beling hinaus, der Verbrauch der Strafklage auch dann annimmt, wenn die im ersten Urteil abgeurteilten Fälle selbst nach Meinung des zweiten Richters straflos sind. Es ist dies eine Folgerung aus seiner Ansicht über die Bildung des Prozeßgegenstandes, die wir bereits S. 40 behandelten. Danach ist Prozeßgegenstand die hypothetisch strafbare, die als strafbar in Betracht kommende Tat. Die Bildung dieses Prozeßgegenstandes erfolgt demgemäß so, daß der oder den in der Anklage bezeichneten Einzelhandlung(en) alle im Fortsetzungszusammenhang mit ihr (ihnen) stehenden ohne Rücksicht darauf hinzuzudenken sind, ob jener Urbestandteil des Ganzen und ob die hinzukommenden überhaupt geschichtliche Vorkmmnisse und ob sie strafbar sind.

Dieser Grundsatz wird von Beling in der Frage des Klageverbrauchs bei einem freisprechenden Urteil mit dem vom Reichsgericht entwickelten Grundsatz, daß der Verbrauch der Strafklage so weit reicht wie die rechtliche Möglichkeit des Richters zur Aburteilung, in Verbindung gebracht. Auch wenn die ihm zunächst unterbreiteten Fälle straflos sind, hat der Richter die rechtliche Möglichkeit, sie zu weiteren Tatstücken unter dem Gesichtspunkt des hypothetisch strafbaren fortgesetzten Delikts in Verbindung zu bringen. Er kann alle die Handlungen mit aburteilen, die, bei Unterstellung der Strafbarkeit der erstbezeichneten Tatstücke mit diesen in Fortsetzungszusammenhang stehen würden. Weil aber die rechtliche Möglichkeit der Aburteilung bei der Straflosigkeit der zunächst bezeichneten Tatstücke demnach genau soweit reicht wie bei ihrer Strafbarkeit, soll der Verbrauch der Strafklage bei den freisprechenden Urteilen genau so weit gehen wie bei den verurteilenden. Ein Anlaß zu einer Unterscheidung in dem Umfang des Strafklageverbrauchs besteht nach Beling nicht, wenn man den Prozeßgegenstand in beiden Fällen gleichmäßig bildet und damit die rechtliche Möglichkeit zur Aburteilung gleichmäßig bestimmt[100].

II. Die zweite Möglichkeit ist die, daß der spätere Richter auf Grund besserer Einsicht zu der Erkenntnis kommt, daß die als straflos beurteilten Fälle in Wahrheit doch strafbare sind, mit denen die neuen

---

[98] Je nach Sachlage als fortgesetztes Delikt oder als real konkurrierende Einzeltaten.

[99] Heinrich, S. 45; Doerr, S. 216 Anm. 5; Höpfner, S. 213; Bockshammer, S. 59.

[100] Beling, DStPR. S. 267; JW. 1925/1010; 1931/216 ff.; ihm folgen: Kern, JW. 1933 S. 456; Neumann, S. 43; Frank, Diss. S. 36. — Auch Lilienthal, JW. 1921, 846 vertritt die gleiche Ansicht.

Fälle in Fortsetzungszusammenhang stehen. Er ist bei Annahme einer negativen Rechtskraftwirkung zu dieser freien Beurteilung der Identitätsfrage befugt.

Er würde eine fortgesetzte Handlung annehmen, über die bereits geurteilt worden ist, und zwar — wenn auch falsch — durch das freisprechende Erkenntnis. Es läge mithin res iudicata vor, und das Verfahren hinsichtlich der neuen Fälle müßte, da sie zur selben „Tat" gehören, aus diesem Grunde eingestellt werden[101].

Es zeigt sich, daß bei diesem Ausgang von der negativen Rechtskraftwirkung strafbare Handlungen, nämlich die dem späteren Richter vorliegenden Einzelhandlungen, die dem Gericht des Erstprozesses nicht bekannt waren, soweit dieser Identität annimmt, straflos bleiben.

Um diesem Ergebnis zu entgehen, nimmt das Reichsgericht hier eine positive Rechtskraftwirkung an[102]. Beling glaubt, ihm de lege lata auf keine Weise ausweichen zu können[103]. De lege ferenda schlägt er vor, die Verhandlungs- und Aburteilungsaufgabe des Gerichts lediglich auf solche Einzelhandlungen zu erstrecken, die in der Verhandlung zur Sprache gebracht worden sind. Die übrigen könnten dann zum Gegenstand eines neuen Prozesses gemacht werden. Hierher gehören auch die bereits S. 69 ff. erörterten Vorschläge, die auf verschiedene Weise abhelfen wollen, z. B. durch Beschränkung der Rechtskraft auf das, was in die vom Urteil für die Tat angenommene Zeitspanne fällt[104]; oder durch Auflösung des fortgesetzten Verbrechens in eine Handlungsmehrheit[105].

Gegenüber alledem erscheint es richtig, an dem Grundsatz ne bis in idem in seiner bisherigen Ausdehnung auch weiterhin und auch hier festzuhalten. Es sei nur auf die S. 61 ff. erörterten, ihn rechtfertigenden Gründe verwiesen.

Diesen Grundsatz werden wir aber sicher nicht ausnahmslos befolgen dürfen. Die Grenze liegt da, wo die aus der endgültigen Erledigung, dem ne bis resultierenden Vorteile nicht mehr die Nachteile aufwiegen, die die materielle Gerechtigkeit und die Belange der Staats- und Rechtssicherheit erleiden würden, wollte man eine Sühne auch der schwerwiegendsten Taten um der strikten Durchführung von Verfahrensgrundsätzen willen ausschließen.

Die Voraussetzungen solcher Ausnahme sind bereits S. 72 f. der Arbeit dargelegt. Auf sie wird verwiesen. Zu beachten ist, daß sie formuliert wurden für den Fall einer zu geringen Bestrafung; in dem hier behandelten ist es zu einer Strafe überhaupt nicht gekommen.

Das berührt die grundsätzliche Gemeinsamkeit beider Fallgruppen nicht, wirkt sich aber so aus, daß bei der letzteren der Kreis der Fälle, die die Ausnahme vom Grundsatz ne bis in idem rechtfertigen, ein

---

[101] So verfährt Beling, DStPR. S. 267; Heinrich, S. 45, 56; vor ihm Bockshammer, S. 58 ff. Auch das OLG. München vertritt diese Ansicht, vgl. bei Heinrich, a. a. O.

[102] JW. 1931 S. 217; vgl. Neumann, S. 42; Litzenberg, S. 61; Frank, Diss. S. 36; Lilienthal, JW. 1921, 841.

[103] JW. 1931, 218.

[104] Ehrhardt, S. 66 u. Anm. 144; ebenso Kohler, S. 162; Dohna, S. 206; v. Kries, S. 600; Stenglein, Anm. 8 f. zu § 151; dagegen Frank, Diss. S. 39.

[105] Höpfner, S. 217 ff.; Litzenberg, Diss. S. 66.

größerer sein wird. Denn die Grenze, wo gesundes Rechtsempfinden und die Erfordernisse der Rechts- und Staatssicherheit eine Bestrafung zum unabweisbaren Erfordernis machen, ist hier, wo noch keine Vergeltung erfolgte, naturgemäß weiter zu ziehen.

Den Charakter einer Ausnahme muß aber die Beschränkung des Satzes ne bis in idem auf das tatsächlich Berücksichtigte auch in diesen letzteren Fällen behalten.

Vorbemerkung

Die vorstehende Darstellung befaßt sich mit der prozessualen Behandlung des fortgesetzten Verbrechens bis zum Urteil. Es zeigt sich jedoch, daß die mit diesem Begriff verbundenen Schwierigkeiten sich darüber hinaus auch auf das Gebiet der Sicherungsverwahrung erstrecken.

Auch die Idealkonkurrenz bietet im Zusammenhang mit dem Begriff der Fortsetzung verschiedene Probleme prozessualer Art. Es erschien zweckmäßig, in einem weiteren Abschnitt auch diese Fragen zu berücksichtigen, bevor mit einem abschließenden Kapitel auf die prozessuale Regelung der einzenen Probleme de lege ferenda eingegangen wird.

6. Fortgesetztes Verbrechen und Sicherungsverwahrung

Das „Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung" vom 24. November 1933 hat in den §§ 20 a und 42 e StGB. die Möglichkeit eines wirksamen Vorgehens gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher gegeben. Es führt zu einer erheblichen Strafschärfung und ermöglicht, über die Strafe hinaus, den Schutz der Volksgemeinschaft durch Sicherungsverwahrung des Verbrechers. § 20 a StGB., der die Voraussetzungen für diese Maßnahmen enthält, geht davon aus, daß sie nur dann anwendbar sind, wenn der Verbrecher schon zweimal rechtskräftig verurteilt worden ist und durch eine neue vorsätzliche Tat eine Freiheitsstrafe verwirkt oder aber mindestens drei vorsätzliche Taten begangen hat und in beiden Fällen die Gesamtwürdigung der Taten ihn als einen gefährlichen Gewohnheitsverbrecher erscheinen läßt.

Im Zusammenhang mit diesen Erfordernissen der Sicherungsverwahrung hat das fortgesetzte Delikt wieder die Aufmerksamkeit auf sich gezogen. Gemäß § 42 e StGB. ist die Anordnung der Sicherungsverwahrung davon abhängig, daß „jemand nach § 20 a StGB. als ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher verurteilt" ist. Die Auslegung dieser Vorschrift ist gerade mit Rücksicht auf das fortgesetzte Delikt problematisch geworden. Die Frage dreht sich darum, ob zur Voraussetzung der Sicherungsverwahrung nach § 20 a II StGB. drei rechtlich selbständige Taten gehören, oder ob mit Rücksicht auf den erkennbaren Zweck des Gesetzes, den einmal erkannten gefährlichen Gewohnheitsverbrecher unschädlich zu machen, der Umstand, daß die drei Taten ein fortgesetztes Delikt darstellen, der Anwendung des § 20 a StGB. nicht entgegenstehen darf.

Mit diesen Fragen hatte sich das Reichsgericht zu befassen[1]. Es geht davon aus, daß bei den drei in § 20 a II StGB. genannten Taten rechtlich selbständige gemeint sind, die einer selbständigen Aburteilung fähig sind. Anders könne diese Vorschrift nicht verstanden werden. Die weitere Folgerung hieraus für die fortgesetzte Handlung ist die, daß mit ihr diesen Erfordernissen nicht genügt sei, weil sie nach der ständigen Rechtsprechung als eine rechtliche Einheit betrachtet und dementsprechend behandelt werde. Zufolge dieser Rechtsprechung ist die Möglichkeit der Sicherungsverwahrung in jedem Falle einer fortgesetzten Handlung versperrt[2].

Daß diese Rechtsprechung auf die Dauer untragbare Nachteile hat und dem Sinn und Zweck des Gesetzes nicht gerecht wird, kommt selbst in den Entscheidungen des Reichsgerichts zum Ausdruck[3]. Doch weiß dieses keinen besseren Ausweg aus dem Dilemma, als die möglichst weitgehende Beschränkung in der Verwendung des Begriffs vom fortgesetzten Verbrechen zu empfehlen[3].

Die Folgen dieser Judikatur sind mit dem gesunden Rechtsempfinden nicht vereinbar. Die Deduktionen des Reichsgerichts sind weniger überzeugend als konstruktiv. Die Ausführungen stehen gar zu offensichtlich unter der in RG. 9/349 proklamierten These: „Daß, wo eine Mehrheit von Handlungen zu einer juristischen Einheit zusammengefaßt wird, diese Einheit als solche in allen juristischen Beziehungen zu behandeln ist".

Gegenüber einer schematischen Anwendung dieser These haben wir es auch in anderen Fällen für richtig befunden, jeweils auf den Sinn solcher Zusammenfassung Rücksicht zu nehmen. Wir sahen, daß sie praktisch-prozessualen und Billigkeitserwägungen ihren Ursprung und ihre Rechtfertigung verdankt. Damit verbietet sich aber auch ihre Anwendung da, wo sie diesen Sinn verlieren und zu Ergebnissen führen würde, die unzweckmäßig sind und der Gerechtigkeit widersprechen, wo es dementsprechend richtiger ist auf die Mehrheit der dem fortgesetzten Delikt zugrundeliegenden Einzelhandlungen zurückzugehen.

Dieser Weg wäre aber nur dann einzuschlagen, wenn das die einzige Möglichkeit wäre, um unabweisbaren Erfordernissen einer auf gerechte und zweckmäßige Ergebnisse bedachten Rechtspflege Rechnung zu tragen.

Hier ist deshalb die Frage berechtigt, ob es denn wirklich richtig ist, daß § 20a II StGB. rechtlich selbständige Taten verlangt und auf solche, die in einem Fortsetzungszusammenhang stehen, unanwendbar ist. Eine Interpretation des § 20 a II StGB. aus dem der Sicherungsverwahrung zugrundeliegenden Gedanken, eine teleologische Erklärung dieser Norm muß zu einer vom Reichsgericht abweichenden Beurteilung führen.

Das Schwurgericht, dessen Urteil in RG. 68, 297 aufgehoben wurde, hat es genügen lassen, wenn nach natürlicher Betrachtung mindestens drei vorsätzliche Taten begangen sind, unbeschadet, ob sie darüber hinaus

---

[1] RG. 68/297.

[2] Im Schrifttum findet sich die gleiche Ansicht bei Frank, Nachtr. S. 72; Kohlrausch, StGB. 34. Aufl. S. 71; Schäfer—Wagner—Schafheutle, Komm. zum Gewohnheitsverbrechergesetz, Bln. 1934, S. 75; Niethammer, Nachtr. zu Olshausen, S. 42; Gerland, Die Sicherungsverwahrung des § 42 e. Jena 1935 S. 27.

[3] RG. DJ. 1936, 1692; 1938, 760. Zweifelnd, ob an der in RG. 68/297 wiedergegebenen Rspr. festzuhalten ist, RG. DJ. 1938, 1157.

zu einer juristischen Handlungseinheit, dem fortgesetzten Delikt, zusammengefaßt werden können oder nicht. Diese Ansicht scheint uns richtig, wenn wir vom Sinn der Voraussetzungen einer Sicherungsverwahrung ausgehen. Der Gesetzgeber hat für die Beurteilung der Frage, ob jemand als ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher anzusehen und infolgedessen die Sicherungsverwahrung angebracht ist, gewisse Bindungen und Sicherungen geschaffen. Es galt bei der Anwendung der so schwerwiegenden Maßregeln, Fehlentscheidungen möglichst zu vermeiden. Daher sollte nur unter der Bedingung, daß bestimmte Straftaten vorliegen, überhaupt die Frage, ob jemand ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher und Anlaß zur Sicherungsverwahrung gegeben ist, aufgeworfen werden.

Diese Beziehung zwischen Tat und Täter ist nur so zu verstehen, daß die Tat als Symptom der Gefährlichkeit des Täters erscheint. Auf der Grundlage einer im § 20 a genauer bezeichneten verbrecherischen Betätigung des Täters soll die Prüfung stattfinden, ob die öffentliche Sicherheit seine Verwahrung erfordert. Auszugehen ist daher bei der Auslegung der §§ 20 a, 42 e StGB. von dem Sicherungsbedürfnis, dem sie Rechnung tragen wollen.

Ist die Bindung des Sicherungsausspruchs an die objektiven Voraussetzungen gewisser Straftaten als Symptom der Gefährlichkeit des Täters zu verstehen, dann kann es nicht auf die Art der Bestrafung ankommen, darauf, ob die Taten zu einer Einheit zusammengefaßt wurden oder nicht. Maßgeblich ist die Tatsache, daß der Täter für die natürliche Betrachtung mehrere Straftaten begangen hat. Denn der Grund für die Sicherung liegt allein in der Gefährlichkeit des Täters, die eben aus der Häufigkeit seines Tätigwerdens erhellt.

Daß im Sinne einer solchen symptomatischen Betrachtung mehrere in Fortsetzungszusammenhang stehende vorsätzliche Taten denselben Grad der Gefährlichkeit offenbaren können wie mehrere real konkurrierende, dürfte nicht zu leugnen sein. Gerade die Delikte gefährlicher Gewohnheitsverbrecher werden sich nicht selten als fortgesetzte darstellen. Daraus folgt die Notwendigkeit, auch hier die Sicherungsverwahrung einleiten zu können. Dann ist es aber auch nicht berechtigt, die Anwendung der §§ 20 a, 42 e StGB. in diesen Fällen zu versagen, wenn anders nicht die in § 20 a umschriebenen Voraussetzungen über ihren Sinn hinaus, nämlich Fehlentscheidungen in der Anordnung der Sicherungsverwahrung zu verhindern, gerade zu Fehlurteilen führen sollen, indem sie da, wo die Sicherungsmaßnahme dringend notwendig ist, ihre Anordnung aus rein konstruktiven Gründen verhindern.

Im Schrifttum finden wir den Hinweis auf das Bedenkliche der reichsgerichtlichen Rechtsprechung bei Schäfer[4] und Freisler[5]. Beide begnügen sich aber damit, wie das Reichsgericht, mit Rücksicht auf diese möglichen nachteiligen Folgen, weitgehende Beschränkung in der Annahme eines fortgesetzten Verbrechens zu empfehlen. Gegen das Ergebnis

---

[4] DJ. 1938, 666.
[5] DJ. 1938, 626.

der reichsgerichtlichen Judikatur wenden sich Hafner[6], Rietzsch[7], Kluge[8] und Mezger[9]. Die letzteren sind sich darin einig, daß die Voraussetzungen des § 20 a II StGB. mit einem fortgesetzten Delikt erfüllt sind.

7. Die Idealkonkurrenz beim fortgesetzten Verbrechen als prozessuales Problem

Bei der Auffassung des fortgesetzten Delikts als einer unbedingten geschlossenen Einheit ist für das materielle Recht hinsichtlich der Idealkonkurrenz die Folgerung denkbar, daß diese nur dann gegeben ist, wenn sämtliche Teilakte des fortgesetzten Verbrechens gleichzeitig den Tatbestand eines weiteren Delikts erfüllen. Wenn das Reichsgericht aber auch sonst genügend betont, daß das fortgesetzte Verbrechen eine Einheit sei, die „in allen Konsequenzen als solche behandelt werden müsse", so zeigt sich bei der Behandlung der Idealkonkurrenz, daß es in Wahrheit von der Mehrheit der zum fortgesetzten Delikt zusammengeschlossenen Einzelakte ausgeht. Es soll ausreichen, daß eine Teilhandlung der fortgesetzten Straftat zugleich zur Verwirklichung des weiteren Tatbestandes beiträgt, um zwischen der ganzen fortgesetzten Straftat und der weiteren Straftat Tateinheit anzunehmen[1].

Unter diesen Umständen ist folgender Fall denkbar: Dem Richter liegt ein fortgesetztes Delikt zur Aburteilung vor, dessen einer Einzelakt mit einem anderen Delikt in Idealkonkurrenz steht. Der Richter erkennt diese Idealkonkurrenz nicht und verurteilt, unter Außerachtlassung dieses rechtlichen Gesichtspunktes, lediglich wegen des fortgesetzten Delikts. Das Urteil wird rechtskräftig. Nachträglich wird das ideell konkurrierende Delikt erkannt. Es stellt sich als so bedeutsam und schwerwiegend heraus, daß seine Bestrafung vom Standpunkt der materiellen Gerechtigkeit als dringend erwünscht erscheint. Ist sie möglich?

Die Beantwortung dieser Frage setzt eine Prüfung des Verbrauchs der Strafklage voraus. Soweit dieser eingetreten ist, steht die Rechtskraft der erneuten Aburteilung entgegen. Wie wir gesehen haben, reicht die Rechtskraft so weit, wie für den früheren Richter die Möglichkeit, den ihm vorliegenden historischen Vorgang abzuurteilen. Er hat die ihm im Rahmen des § 264 StPO. unterbreitete Tat unter allen rechtlichen Gesichtspunkten zu würdigen. Für den vorliegenden Fall folgt daraus, daß er berechtigt und verpflichtet war, das historische Vorkommnis „fortgesetztes Delikt" auch unter dem ideell konkurrierenden rechtlichen Gesichtspunkt abzuurteilen. Diese Befugnis war ihm mit der damaligen Anklage gegeben. Sie hat durch die rechtskräftige Aburteilung des Vorgangs ihr Ende gefunden. Die Strafklage ist hinsichtlich der Tat verbraucht und kann grundsätzlich unter keinem, etwa bisher übersehenen, neuen rechtlichen Aspekt erneut erhoben werden. Eine Ver-

---

[6] JW. 1934, 2690.

[7] Jahrb. d. d. Rechts, 1935, 65; DJ. 1938, 180, 181.

[8] Kluge: Rspr. d. RG. zu den Maßnahmen der Sicherung und Besserung. Berlin 1937, S. 44.

[9] DStrR. 1934, S. 153.

[1] RG. 67/188.

folgung und Bestrafung des nachträglich ermittelten ideell konkurrierenden Delikts verbietet sich unter diesen Umständen.

Zu diesem Ergebnis kommt das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung[2]. Das Ergebnis ist dann, wenn sich das ideell konkurrierende Delikt gegenüber der bisherigen Beurteilung des Vorgangs als erheblich schwerere Tat erweist, wenig erfreulich. Daraus erklärt sich eine Reihe von Bemühungen im Schrifttum, die nachträgliche Berücksichtigung des ideell konkurrierenden Delikts doch zu ermöglichen.

Bockshammer[3] will eine Unterscheidung dahin treffen, daß Einzelfälle des fortgesetzten Verbrechens, die effektiv zum Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung gemacht wurden, schlechthin konsumiert sind. Die dem Richter unbekannt gebliebenen aber werden nach seiner Ansicht nur als Bestandteile des fortgesetzten Delikts, nicht als selbständige Einzeltaten der wiederholten Anklage entzogen. Wenn diese letzteren die Idealkonkurrenz begründen, wäre also eine Verfolgung des ideell konkurrierenden Delikts trotz des rechtskräftigen Urteils möglich[4]. Glaser[5] will die Regel ne bis in idem dann nicht anwenden, wenn das Bindeglied, welches zwei Verbrechen oder Verbrechenskomplexe aneinanderknüpft, für eines derselben ganz unwesentlich ist, und seine die Verbindung herstellende Eigenschaft bei der ersten Verhandlung gar nicht zum Vorschein kam. Das alles sei regelmäßig bei dem Einzelakt eines fortgesetzten Verbrechens der Fall. Ähnlich will Coenders[6] einen Verbrauch der Strafklage nur hinsichtlich der Tatsachen eintreten lassen, die dem Richter vorlagen, oder die wenigstens durch den Inhalt der Verhandlung seiner Feststellung und Würdigung irgendwie nahegelegt wurden. Andernfalls, wenn kein begründeter Anlaß zur Ausdehnung der richterlichen Erkenntnistätigkeit vorlag, wenn niemand die Tatsachen ahnen konnte, soll deren späterer Aburteilung nichts im Wege stehen.

Gegenüber diesen Versuchen, dem Ergebnis der reichsgerichtlichen Rechtsprechung auszuweichen, muß darauf hingewiesen werden, daß diese Rechtsprechung grundsätzlich anzuerkennen ist. Der Rechtsordner stellt in weitem Umfange die endgültige Erledigung einer Angelegenheit über deren in allen Punkten zutreffende Beurteilung. Deshalb wird in der Regel das Übersehen eines ideell konkurrierenden Gesichtspunktes nichts daran ändern, daß die Tat auch in dieser Hinsicht als rechtskräftig erledigt gilt.

Eine Ausnahme ist nur da zulässig, wo sich die Belastung mit der Idealkonkurrenz als derart schwerwiegend erweist, daß die Rechtskraft eine Beschräkung erfahren muß, soll nicht der materiellen Gerechtigkeit

---

[2] RG. 7/229; 23/7; 51/241; so auch Neumann, S. 33.

[3] A. a. O. S. 38 f.; im Grunde ebenso verfährt Litzenberg, S. 44, der aber aus Billigkeitserwägungen auch dann eine Aburteilung des später aufgetauchten rechtlichen Gesichtspunktes zulassen will, wenn der fragliche Teilakt des fortgesetzten Verbrechens, der die Idealkonkurrenz begründet, dem Richter bekannt war und als solcher Gegenstand der Aburteilung im ersten Urteil gewesen ist.

[4] Vgl. dagegen Heinrich, S. 29: Mit dem Grundsatz ne bis in idem sei das nicht vereinbar.

[5] GS. 36, 122 f.; 168 Nr. 81; Handb. d. Strafproz. Bd. II S. 67; Beispiele a. a .O. S. 67 Anm. 7.

[6] JW. 1925, 1002 f.

und den Belangen der Staats- und Rechtssicherheit in unerträglicher Weise geschadet werden[7]. Hier ist zu unterscheiden:

Ist der die Idealkonkurrenz begründende Teilakt des fortgesetzten Verbrechens noch nicht berücksichtigt worden, dann gelten die Ausführungen S. 72 f. d. Arb. über die Voraussetzungen, unter denen schwerwiegende Fälle des Fortsetzungszusammenhanges bei ausnahmsweiser Beschränkung des Satzes ne bis in idem auf die tatsächlich berücksichtigten Teilakte, der dringend erforderlichen Bestrafung zugeführt werden können. Zur Vermeidung von Wiederholungen sei darauf verwiesen.

Etwas anders liegt es, wenn der die Idealkonkurrenz begründende Teilakt im Rahmen des fortgesetzten Verbrechens bereits berücksichtigt worden ist. Eine direkte Anwendung jener S. 72 f. entwickelten Grundsätze ist nicht möglich. Doch wird man, um die Berücksichtigung des ideell konkurrierenden Delikts zu ermöglichen, jene Grundgedanken auch in diesem Fall wenigstens zur entsprechenden Anwendung bringen müssen[8].

Für die weitere verfahrensrechtliche Behandlung gelten für beide Fälle die Ausführungen S. 73 d. Arb.

Anders urteilt das Reichsgericht schon heute, wenn nicht ein Urteil, sondern ein Strafbefehl hinsichtlich des fortgesetzten Delikts vorliegt und die Idealkonkurrenz sich nachträglich herausstellt.

Die Frage des Verbrauchs der Strafklage bei einem gemäß §§ 407 ff. StPO. alsbald ohne sachliche Hauptverhandlung rechtskräftig gewordenen Strafbefehl wird vom Reichsgericht anders behandelt als beim Urteil. Danach soll die Unanfechtbarkeit eines wegen derselben Tat erlassenen Strafbefehls die nochmalige Verfolgung der Tat aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt, der eine erhöhte Strafbarkeit begründet, nicht ausschließen.

Das Reichsgericht[9] geht von der Erwägung aus, daß notwendige Grundlage für die Anerkennung des Grundsatzes ne bis in idem die Befugnis des Richters sei, die ihm zur Aburteilung vorgelegte Tat in ihrer wirklichen Gestaltung frei zu ermitteln und nach dem Ergebnis der ihm zustehenden umfassenden Verhandlung zu beurteilen. Daraus folge, daß der Grundsatz naturgemäß auf das eine Hauptverhandlung bietende ordentliche Prozeßverfahren beschränkt sei. Seine Ausdehnung auf eine solche besondere Art des Verfahrens, welche die Sicherung des öffentlichen Interesses in der fraglichen Beziehung wesentlich ausschließe, sei daher unmöglich.

Das aber treffe auf das Strafbefehlsverfahren zu. Dieses sei ein summarisches Verfahren, in dem die Strafe ohne Hauptverhandlung festgesetzt werde und deshalb keine Möglichkeit einer Umgestaltung der Klage und einer dem § 264 StPO. genügenden Aburteilung bestehe. Diese Eigentümlichkeit des Verfahrens bei amtsrichterlichen Strafbefehlen erfordere eine einschränkende Auslegung der dem Wortlaut

[7] Vgl. die allgemeinen Ausführungen d. Volksgerichtshofs — DJ. 1938/1193.

[8] De lege ferenda soll hier durch Ermöglichung der Wiederaufnahme Abhilfe geschaffen werden. Vgl. darüber im letzten Kapitel.

[9] RG. 4/245; 14/361; 52/242; 56/253; 65/293; JW. 1937, S. 2423.

nach ganz allgemeinen Vorschrift des § 410 StPO., wonach ein Strafbefehl, gegen den nicht rechtzeitig Einspruch erhoben worden ist, die Wirkung eines rechtskräftigen Urteil erlange.

Zufolge dieser Judikatur ist, falls sich später eine schwerere, mit dem fortgesetzten Delikt ideell konkurrierende Tat ergibt, deren Aburteilung ohne weiteres möglich[10].

Diese Rechtsprechung ist im Schrifttum nicht unwidersprochen geblieben. Vom Wortlaut des § 410 StPO. ausgehend, wird gefordert, den unanfechtbar gewordenen amtsrichterlichen Strafbefehl in der Rechtskraftwirkung dem rechtskräftigen Urteil gleichzustellen. Der Amtsrichter sei gemäß § 408 Abs. II StPO. in der Lage, die Sache, wenn er nicht durch Strafbefehl entscheiden wolle, zur Hauptverhandlung zu bringen. Er habe also die „rechtliche Möglichkeit", die Tat nach jeder rechtlichen Seite hin zu beurteilen. Das aber sei für die Rechtskraft des Strafbefehls entscheidend[11].

Demgegenüber kann für die Ansicht des Reichsgerichts mit Höpfner[12] nur erwidert werden: „Mag theoretisch auch die Möglichkeit allseitiger Prüfung im Strafbefehlsverfahren bestehen, praktisch wird in einem derartigen abgekürzten Verfahren die Prüfung doch eine minder umsichtige sein, und muß es sein, wenn der Natur des abgekürzten Verfahrens entsprechend, flott gearbeitet wird." Diese Rechtsprechung trägt den Erfordernissen der materiellen Gerechtigkeit Rechnung, indem sie zutreffend auf die ganz besondere Art des Strafbefehlsverfahrens eingeht und von hier aus teleologisch das Gesetz interpretiert. Ihr muß zugestimmt werden.

IV. Die prozessuale Behandlung des fortgesetzten Verbrechens in dem kommenden deutschen Strafverfahren

Bericht der amtlichen Strafprozeßkommission.
Herausgegeben von Gürtner, Berlin 1938

Der bestimmende ideelle Grundsatz des kommenden Strafverfahrensrechts ist das Streben nach Gerechtigkeit[1]. Eine besonders wirksame und sichtbare Auswirkung dessen ist die Auflockerung der Formvorschriften[2]. Die souveräne Gestaltung eines zweckmäßigen Verfahrens soll durch elastische Gestaltung von Einzelbestimmungen gewährleistet werden. Dieses Strafverfahren soll einem Willensstrafrecht dienen, einem Strafrecht, das den rechtsbrecherischen Willen als den Träger schuldhaft volksschädigender Taten zu seinem Gegenstand macht[3]. Diese Grundsätze spiegeln sich deutlich in der Lösung der Einzelfragen.

---

[10] Ebenso Höpfner, II S. 179; Sauer, S. 486.
[11] Bockshammer, S. 63 f.; v. Kries, S. 569; Beling, DStPR. S. 475.
[12] A. a. O. S. 179 Anm. 2.
[1] A. a. O. S. 13.
[2] A. a. O. S. 15.
[3] A. a. O. S. 14.

1. Die Bildung des Prozeßgegenstandes

Für die Gestaltung des Gegenstandes der Urteilsfindung ist es von Bedeutung, daß auch künftig das Anklageverfahren die Form des Strafprozesses ist[4]. Gegenstand der Urteilsfindung ist die in der Anklage genannte Tat. Wie bisher ist das Gericht in der rechtlichen Beurteilung frei. Der Urteilsfindung soll demnach der geschichtliche Vorgang, der in der Anklage bezeichnet ist, zugrundegelegt werden, nicht aber die Beurteilung, die die Anklage der Tat hat zuteil werden lassen.

Die neue Verfahrensordnung will über diese, dem bisherigen Recht entsprechende Regelung hinaus eine Erweiterung des Verhandlungsstoffes zulassen[5]. Das Gericht soll weitere Straftaten des Angeklagten in das Verfahren einbeziehen können, wenn es für sie zuständig und der Angeklagte anwesend ist[6]. Das geschieht durch Beschluß. Das Gericht ist jedoch hierbei von einer entsprechenden Willenserklärung des Staatsanwalts abhängig[7]. Es darf — nach dem allgemeinen Grundsatz des Anklageerfordernisses — die Verhandlung und Entscheidung auf eine im Anklagesatz nicht angegebene Straftat des Angeklagten nur ausdehnen, wenn der Staatsanwalt die Anklage auf diese weitere Straftat erstreckt, wobei diese Nachtragsklage mündlich erhoben werden kann[8].

Der Erweiterung des Verhandlungsstoffes entspricht die Möglichkeit seiner Beschränkung[9]. Das kommende Strafrecht verlangt ein Urteil über Täter, nicht über Taten. Das Gericht soll deshalb in erster Linie dem inneren Wesen des Täters vollkommen gerecht werden. Es wird deshalb in die Lage versetzt, die Verhandlung und Entscheidung auf einzelne von mehreren dem Angeklagten in der Anklage zur Last gelegten Straftaten[10] zu beschränken, wenn es auf die übrigen Taten usw.[10] bei der Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Täters und seiner Taten nicht mehr ankommt. Das Ausscheiden des zur Erkenntnis der Täterpersönlichkeit Unwesentlichen kann das Gericht sowohl bei der Entscheidung über die Anordnung der Hauptverhandlung als auch während dieser selbst vornehmen[11]. Das gleiche Recht soll in der zuvor bezeichneten Lage dem Staatsanwalt für das Vorverfahren zustehen. Die ausgeschiedenen Taten, Tatteile oder Rechtsverletzungen sollen aber im Laufe der Verhandlung jederzeit wieder in das Verfahren einbezogen werden können[12]. Soweit selbständige Taten ausgeschieden worden sind, wird das Verfahren hinsichtlich ihrer im Urteil eingestellt.

Die Möglichkeit, für ein Willensstrafrecht unwesentliche Momente auszuscheiden, wird ausdrücklich für Tatteile eines fortgesetzten Delikts

---

[4] A. a. O. S. 306 ff.

[5] A. a. O. S. 182.

[6] A. a. O. S. 182.

[7] A. a. O. S. 153.

[8] Geschieht das, so muß die Hauptverhandlung auf Antrag des Angeklagten auf mindestens eine Woche unterbrochen werden. A. a. O. S. 179.

[9] A. a. O. S. 179 ff.

[10] Tatteile bei Sammelstraftaten, Rechtsverletzungen bei Idealkonkurrenz.

[11] Das Gericht ist bei der Ausscheidung selbständiger Taten an die Zustimmung der Staatsanwaltschaft gebunden, a. a. O. S. 153, 182. Im übrigen erfolgt die Ausscheidung durch Beschluß, S. 181.

[12] Es gilt hierfür das für die Erweiterung des Verhandlungsstoffes Gesagte.

ausgesprochen werden[13]. Die bisherige Vorschrift des § 154 StPO. erfährt damit den erforderlichen Ausbau. Das Reichsgericht hat[14], wie erwähnt, die Anwendung des § 154 StPO. auf das fortgesetzte Verbrechen anerkannt und die Ausscheidung von Tatteilen gestattet, die für das Maß der auszuwerfenden Strafe unerheblich waren. In Zukunft wird eine Änderung insofern eintreten, als die Erheblichkeit der Tatteile nicht in ihrer Bedeutung für das Strafmaß, vielmehr in ihrer Bedeutung für die Erkenntnis der Täterpersönlichkeit liegen wird und danach zu werten ist.

Angesichts dieser neuen Regelung über die Behandlung des Verhandlungstoffes ist festzustellen, daß das Problem der Identität der Tat beim fortgesetzten Verbrechen seine Bedeutung beibehält. Es bedarf keiner weiteren Anklage, solange die Identität der Tat gewahrt bleibt. Damit sind aber alle für das geltende Recht behandelten Fragen auch im kommenden Recht von der gleichen aktuellen Bedeutung. Im Verhältnis von Anklage zum Urteil bleibt es also für das fortgesetzte Verbrechen in den einzelnen problematischen Fragen beim alten.

2. Die Rechtskraft

Die Einrichtung der Rechtskraft wird — wie schon erwähnt — im neuen Strafverfahrensrecht anerkannt[1]. Sie soll der gerichtlichen Entscheidung die erforderliche Autorität sichern und ist um der Notwendigkeit willen, einen rechtsgewissen Zustand zu schaffen, unentbehrlich.

Der Umfang der Rechtskraft bestimmt sich auch in Zukunft wesentlich nach den gleichen Grundsätzen wie bisher. Das Urteil soll die Sache in dem Umfange erledigen, in dem der Richter sie nachprüfen konnte. Maßgeblich bleibt also die dem Richter gegebene rechtliche Möglichkeit zur Aburteilung des ihm vorliegenden historischen Vorgangs[2].

Es bleibt noch zu bemerken, daß auch die Taten, Tatteile und Rechtsverletzungen, die, als für die Erkenntnis der Täterpersönlichkeit unwesentlich, ausgeschieden und derentwegen das Verfahren dementsprechend im Urteil eingestellt wurde, von der Rechtskraft des Urteils umfaßt werden. Erwächst dieses in Rechtskraft, so ist der ganze Klagestoff — einschließlich ihrer — erledigt[3].

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, daß bisher eine Beschränkung der Berufung oder Revision auf einzelne unselbständige Teile einer fortgesetzten Tat nicht zulässig war. Eine Teilrechtskraft in diesem Sinne wurde nicht anerkannt[4]. Dagegen wollte der Strafrechtsentwurf erster Lesung diese Möglichkeit eröffnen[5], während die Teilrechtskraft in der zweiten Lesung nur noch für die Realkonkurrenz vorgesehen war[6]. Für das kommende Recht ist die Teilrechtskraft dann aber durch die amtliche Strafprozeßkommission grundsätzlich abgelehnt

---

[13] A. a. O. S. 179 f.
[14] RG. 70/338.
[1] A. a. O. S. 30.
[2] A. a. O. S. 308.
[3] A. a. O. S. 180, 181.
[4] Loewe—Rosenberg, 19. Aufl. § 318 Ziff. 2, § 344 Ziff. 3.
[5] Gürtner, S. 234.
[6] Gürtner, S. 241.

worden[7]. Damit wird der im bisherigen Recht geltende Zustand beibehalten. Die Beschränkung von Rechtsmitteln auf einzelne Akte des fortgesetzten Verbrechens ist auch de lege ferenda unzulässig[8].

Die grundsätzliche Behandlung der Rechtskraft stimmt auch im übrigen mit der Regelung des geltenden Rechts überein. Wir haben gesehen, daß hierbei unannehmbare Ergebnisse im Falle einer fortgesetzten Handlung dann möglich sind, wenn über die wichtigsten Einzelakte der fortgesetzten Handlung, weil diese unbekannt waren, noch nicht entschieden worden ist[9]. Gerade für diese Fälle sieht das künftige Recht, das die Gerechtigkeit über die Form stellt, eine Auflockerung der Rechtskraft vor. Diese erfolgt in der neuen Gestaltung der Wiederaufnahme.

3. Die Wiederaufnahme des Verfahrens[1]

Die kommende Strafverfahrensordnung geht von dem Grundsatz aus, daß die Rechtsordnung die Durchbrechung der Rechtskraft zulassen muß, wenn das Urteil der Gerechtigkeit in so hohem Grade widerspricht, daß durch die Aufrechterhaltung desselben wichtige Belange der Allgemeinheit beeinträchtigt werden. Das kommende Recht sieht für die sachlichen Voraussetzungen der Wiederaufnahme von der bisherigen Kasuistik und den verschiedenen Beschränkungen ab[2]. Nach neuem Recht ist die Wiederaufnahme des Verfahrens zuzulassen, „wenn neue Tatsachen oder Beweismittel allein oder in Verbindung mit den früheren Beweisen, die Bestrafung eines Freigesprochenen oder eine wesentlich schwerere Bestrafung oder statt der Einstellung des Verfahrens eine Verurteilung des Angeklagten . . . . ermöglichen[3]." Die Wiederaufnahme unter diesen Umständen wird, abweichend vom geltenden Recht, auch auf Grund desselben Strafgesetzes möglich sein. Das ist wegen der weiten Strafrahmen der Einzelbestimmungen im kommenden Strafrecht bedeutsam. Die praktisch wichtigste Folge dieser Änderung wird die sein, daß in Zukunft der Täter einer fortgesetzten Handlung, der nur unter Zugrundelegung eines geringen Teils dieser Einzelhandlungen abgeurteilt wurde, wegen der Mehrzahl der strafbaren Handlungen einer gerechten Bestrafung zugeführt werden kann[4].

Mit dieser Regelung ist auch die Schwierigkeit behoben, die ein mit dem fortgesetzten Verbrechen in Idealkonkurrenz stehendes Delikt bietet. Wird diese Rechtsverletzung erst nach Rechtskraft des Urteils ermittelt, dann ist in Zukunft mit Hilfe der Wiederaufnahme eine gerechte Sühne möglich. Das gleiche gilt für Taten und Tatteile, die als unerheblich ausgeschieden wurden. Erscheinen sie später auf Grund neuer Beweismittel oder neuer Tatsachen in einem ganz andern Licht und ihre Bestrafung als dringend erwünscht, dann kann dem unter obigen Voraus-

---

[7] A. a. O. S. 366, 410.
[8] Für die Teilrechtskraft de lege ferenda tritt Schwarz ein, DStR. 1937, 348 ff.
[9] A. a. O. S. 30, 432 ausdrücklich erwähnt.
[1] A. a. O. S. 428 ff.
[2] A. a. O. S. 430, 431.
[3] A. a. O. S. 432; hier interessiert nur die Möglichkeit einer nachträglichen Verurteilung oder Straferhöhung.
[4] A. a. O. S. 432.

setzungen Rechnung getragen werden. Die heute mit dem § 154 StPO. in Zusammenhang stehenden Schwierigkeiten sind damit beseitigt.

Dafür, daß die Wiederaufnahme immer nur eine beschränkte Durchbrechung der Rechtskraft bleibt, soll dadurch gesorgt werden, daß einmal nur eine zu erwartende wesentliche Änderung in der Beurteilung sie rechtfertigen und ferner die Wiederaufnahme nur dann erfolgen soll, wenn mit einem sehr hohen Grade der Wahrscheinlichkeit eine erhebliche Änderung des Urteils zu erwarten ist[5]. Erfolgt sie, dann ist eine auf Grund des früheren Urteils bereits verbüßte Strafe in Anrechnung zu bringen[6].

Diese Regelung der Wiederaufnahme ist zu begrüßen. Sie ermöglicht es, den Rechtsbrecher einer gerechten Strafe entgegenzuführen und sichert den Einklang der Rechtsprechung mit dem gesunden Volksempfinden.

Die auf dem Gebiet des fortgesetzten Delikts bisher mit der Rechtskraft gegebenen Probleme finden in der kommenden gesetzlichen Regelung ihre Lösung. Bis zum Inkrafttreten des Gesetzes allerdings heißt es, im Rahmen des geltenden Rechts gerechte Ergebnisse zu suchen. Daß hier „eine mutige Praxis[7]" auf dem von uns angedeuteten Wege „der materiellen Gerechtigkeit einen großen Dienst leisten könnte", glauben wir mit Recht behaupten zu dürfen.

[5] A. a. O. S. 433.
[6] A. a. O. S. 329, 330, 445.
[7] Binding, a. a. O Bd. II S. 344.

LEBENSLAUF

Am 10. IX. 1912 wurde ich, Kyrill Maximilian Stoll, in St. Petersburg als Sohn des Kaufmanns Woldemar Stoll und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Gissot, geboren. Im Jahre 1921 kam ich nach Deutschland. Hier besuchte ich die Gemeindeschule in Loppersum (Ostfriesland) und in Lüneburg, dann ab Ostern 1923 das Johanneum in Lüneburg bis 1930. Während der beiden letzten Schuljahre war ich auf dem Schiller-Realgymnasium in Charlottenburg. Im Frühjahr 1932 machte ich das Abitur. Anschließend bezog ich die Universität Berlin zum Studium der Rechtswissenschaft. Das Studium schloß ich im Sommer 1936 mit dem Referendarexamen ab. Seitdem befinde ich mich im praktischen Vorbereitungsdienst im Bezirk des Kammergerichts.